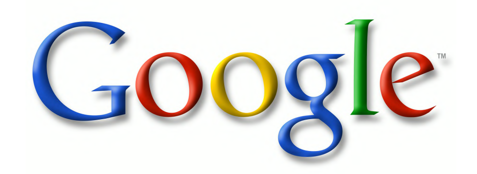
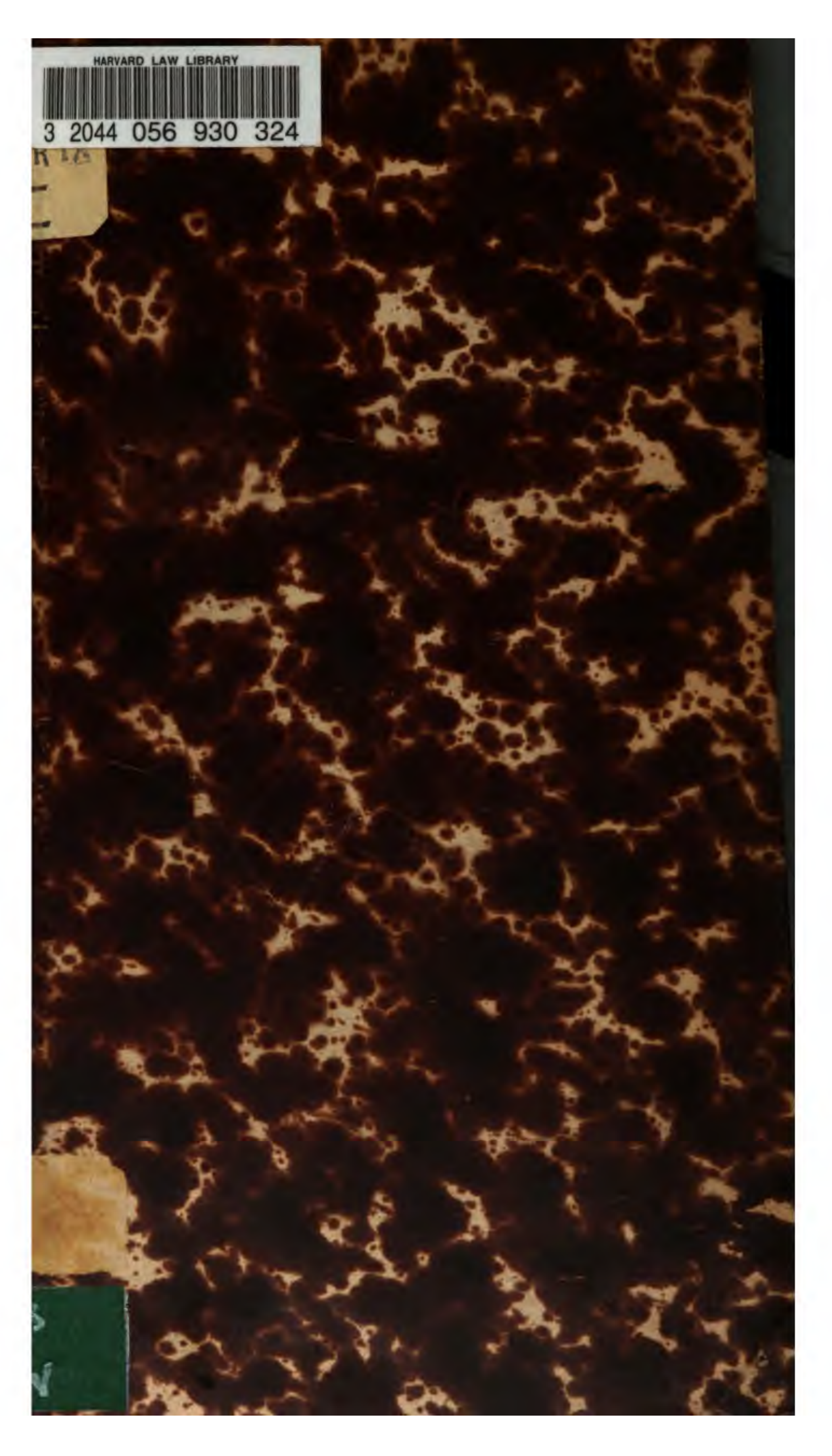
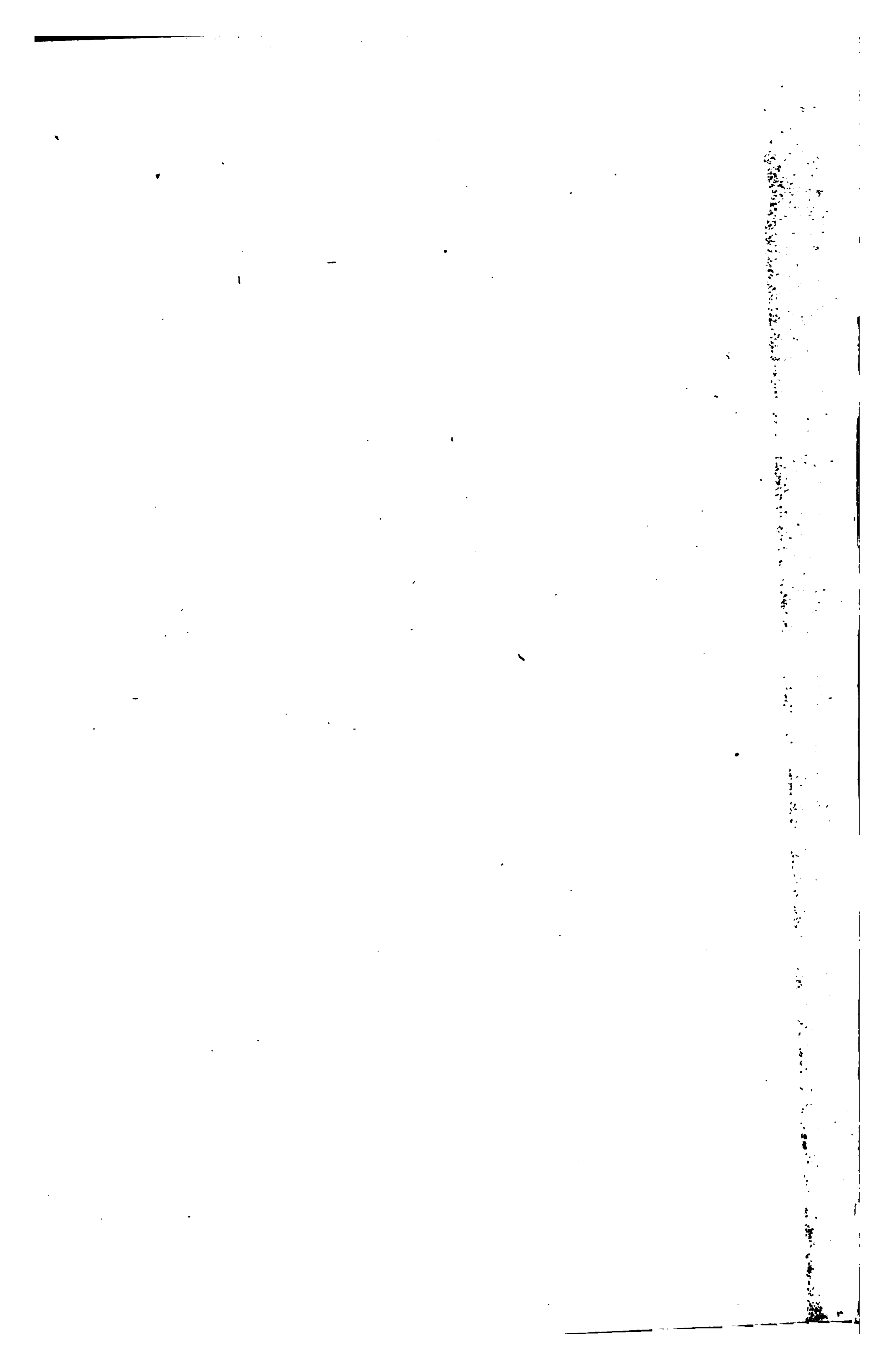





HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 930 324


SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
Received
Dec. 12, 1888.

AUSTRIA



DER BEGRIFF

DER

HÖHEREN GEWALT

(VIS MAJOR)

IM

RÖMISCHEN UND HEUTIGEN VERKEHRSRECHT.

VON

DR. ADOLF EXNER,

O. Ö. PROFESSOR DER RECHTE IN WIEN.

WIEN 1883.

ALFRED HÖLDER,

K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,

Rothenthurmstrasse 15.

FORTX
E

I.

Auf einem eng und bestimmt umgrenzten Felde innerhalb unseres heutigen Verkehrsrechtes spielt der Begriff der „höheren Gewalt“ eine gleichwohl bedeutsame Rolle. Er bildet einen wesentlichen Bestandtheil eines Rechtssatzes, der zwar seiner Natur nach singulär, d. h. auf bestimmte Typen von Verkehrsverhältnissen berechnetes Ausnahmsrecht ist, trotzdem aber ein gewaltiges praktisches Gewicht hat, einmal vermöge der Art und Beschaffenheit der von ihm betroffenen Verkehrsverhältnisse, sodann vermöge der heutigen Ausdehnung seines Geltungsgebietes über das gesammte gebildete Europa (mit Einschluss Nordamerikas). Der Rechtssatz, auf eine schematische Gestalt zurückgeführt, lautet:

Gewisse Unternehmer haften schlechthin für die Unversehrtheit der ihrem Gewerbebetrieb anvertrauten Güter (und beziehungsweise Personen); nur dann sind sie ausnahmsweise ersatzfrei, wenn „höhere Gewalt“ den Schaden verursacht hat.

Es ist sofort klar, dass die erste Hälfte dieses Satzes eine Ausnahme hinstellt von dem gemeinen Grundsatz des europäischen Vertragsrechtes, wonach die Uebernahme fremder Güter, sofern sie nicht Versicherung ist, nur bei schuldhafter Pflichtverletzung, nicht aber schlechthin, für Schäden verantwortlich macht. Ebenso, dass die zweite Hälfte eine Einschränkung dieser Besonderheit, eine Ausnahme von der Ausnahme, bedeuten will. Endlich, dass es von dem Inhalt und Umfang des hier als Massbestimmung auftretenden Begriffes „höhere Gewalt“ allein abhängt, wie weit die Wirkung jener strengen Haftung reicht, wie weit also die Ausnahme von ihrer Ausnahme wieder aufgezehrt erscheint.

Eine neuerliche Untersuchung dieser letzteren Frage, deren praktische Bedeutung mit jedem Kilometer Eisenbahn, der in Europa gebaut wird, neuen Zuwachs erhält, scheint mir durch den heutigen Stand der Theorie wie der Rechtsprechung geboten. Erstere ist zwar nach manchen Schwankungen, die auch in den neuesten Formulirungen noch verschiedentlich nachzittern, zu einer grundsätzlich übereinstimmenden Auffassung gelangt; aber ich kann die Ergebnisse dieser Auffassung weder für richtig noch für zweckmässig erkennen: weder für den richtigen Ausdruck der gesetzgeberischen Gedanken, die bei Aufstellung der betreffenden positiven Rechtssätze bewusst oder unbewusst zu Grunde gelegen haben, noch für eine den letzten Zweck dieser Rechtssätze fördernde Weiterbildung ihres Inhaltes durch die Wissenschaft. Und was die Praxis anbelangt, so fehlt ihr gerade heute mehr als früher der feste Halt bei der Handhabung des hier entscheidenden Begriffes; nicht nur weil sie, wie natürlich, zwischen der älteren und der neueren Auffassung desselben hie und da noch schwankt, sondern mehr noch deshalb, weil eben diese neuere Auffassung schon ihrem Grundgedanken nach (wie sich unten zeigen wird) dem Richter ein Begriffsbild von jener Schärfe des Umrisses nicht bietet, welche allein die Gleichmässigkeit der Rechtsprechung verbürgen kann.

Als Grundlage zum Folgenden scheint es erforderlich, zunächst die Gruppe von Rechtssätzen, deren allgemeiner Inhalt oben schematisch herausgehoben wurde, zusammenzustellen, um das Anwendungsgebiet des Begriffes *vis major* und die sprachlichen Einkleidungen, in denen er vorkommt, zu überblicken. Sodann werden die Hauptrichtungen anzugeben sein, in welchen die bisherige Lehrmeinung darüber sich bewegt hat; nicht zum Zwecke einer Dogmengeschichte und mit Absicht auf Vollständigkeit, sondern um uns die Rückwirkung zum Bewusstsein zu bringen, welche die verschiedenen thatsächlich versuchten Deutungen des Begriffes auf die wirkliche Tragweite der Rechtsätze, die ihn enthalten, ausüben, und von da aus zu einer praktischen Kritik dieser Deutungen zu gelangen. Uebrigens soll darauf kein zu grosses Gewicht gelegt werden, da es doch bei jeder Kritik schliesslich darauf ankommt, ob

man an die Stelle der angegriffenen Lehre etwas Einleuchtendes zu setzen habe oder nicht.

Unser Rechtssatz also kommt im heute geltenden Recht in folgenden Anwendungen vor:

1. Transportschiffer und Herbergswirthe haften für die gewerbsmässig übernommenen Güter, sofern nicht deren Beschädigung oder Untergang durch *vis major* erfolgt ist.

Der Satz gehört dem römischen und heutigen gemeinen Rechte an[1]):

Ait Praetor: Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos judicium dabo. L. 1. pr. D. nautae (4, 9).

... hoc Edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dare; idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit. L. 3. §. 1 D. eod. (Ulpian).

---

[1]) Aus dem gemeinen Rechte ist diese besondere Haftpflicht der Gastwirthe — von dem Rechte der Schiffer wird sofort noch besonders die Rede sein — mehr oder minder vollkommen in die particularen Gesetzbücher übergegangen; wie weit und in welchem Sinne, das hing jeweils davon ab, wie man die gemeinrechtliche Lehre zur Zeit der betreffenden Codification verstand, und interessirt hier nicht weiter. Das neueste umfassende Gesetzeswerk gibt einfach die Norm der Pandekten wieder, indem es *vis major* in herkömmlicher Weise durch „höhere Gewalt" wörtlich übersetzt; schweiz. Bundesgesetz über das Obligationenrecht (v. 14. Juni 1881) 486: „Gastwirthe, welche Fremde zur Beherbergung aufnehmen, haften für jede Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von ihren Gästen eingebrachten Sachen, sofern sie nicht beweisen, dass der Schaden durch ein Verschulden des Gastes selbst oder seiner Begleiter oder Dienstleute, oder durch höhere Gewalt oder durch die Beschaffenheit der Sache verursacht wurde." — Auch das englische Recht steht hier ganz auf gemeinrechtlichem Boden: „*The fact of the loss of the goods is prima facie evidence of negligence. The act of God or the Queens enemies is, as in the case of carriers at common law* (Frachtführer, s. unten), *a good defence.*" *H. Smith*, *a treatise on the law of negligence*, London 1880, p. 123.

2. Frachtführer, zu Wasser wie zu Lande, haften für die Unversehrtheit verfrachteter Güter bis zur Ablieferung, ausgenommen deren Schädigung durch höhere Gewalt.

Dieser Satz, welcher als Ausdehnung der Grundsätze des römischen *receptum nautarum* auch über den Landfrachtverkehr sich darstellt, gilt derzeit, theils nach Gesetz theils nach Gewohnheit, für den Handelsverkehr aller grossen europäischen Staaten:

Für Deutschland, Oesterreich und die Schweiz nach H. G. B. a. 395: „Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt *(vis major)* oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes ... entstanden ist;“ ebenso das schweiz. Obl.-Rt. 457: „... durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, oder durch höhere Gewalt.“

Für Frankreich und Italien nach *Code de comm. a. 103: „Le voiturier est garant de la perte des objets a transporter hors les cas de la force majeure“* (s. auch *Code civ. a. 1784)* und *Codice di commercio a. 82, codice civ. a. 1631 („forza maggiore“).*

Für England und Amerika nach *comon law,* welches den Frachtführer haftbar macht *„for any event, except the act of God or the Queens enemies, unless where the goods were in their nature liable to extraordinary risks and are injured in consequence of such peculiar character“* (Smith, a. a. O. p. 104).

3. Eisenbahnunternehmungen haften für den Ersatz des Schadens, der aus ihrem Betrieb durch Körperverletzung oder Tödtung irgendwelcher Personen erwächst; ausgenommen der Unfall wäre durch höhere Gewalt verursacht.

Dies ist ein Specialsatz des neueren Eisenbahnrechtes, welcher die Grundsätze des Frachtgeschäftes, beziehungsweise des *receptum nautarum,* auf das Rechtsverhältniss aus Personenverletzung (aber nicht blos betreffs der durch die Unternehmung beförderten Personen, sondern aller) anwendet. Unter den verschiedenen diese Norm enthaltenden sogenannten „Haft-

pflichtgesetzen“ [2]) sei hier das preussische und das österreichische hervorgehoben wegen ihrer Besonderheit in der Wiedergabe des Begriffes *vis major.*

Das preuss. Ges. v. 3. Nov. 1838, §. 25, bestimmt, „dass Eisenbahnunternehmungen für allen Schaden haften, der bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern, oder auch an anderen Personen und deren Gütern, entsteht; und dass sich dieselben von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien können, dass der Schaden entweder durch eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äusseren Zufall bewirkt worden ist.“ — Das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, §. 1, macht die Eisenbahnunternehmung haftbar, sofern sie nicht beweist, dass der Unfall „durch höhere Gewalt“ oder eigenes Verschulden des Betroffenen verursacht wurde.

Das österreichische Gesetz vom 5. März 1869, §§. 1, 2, sagt: „Wenn durch eine Ereignung im Verkehre einer mit Dampfkraft betriebenen Eisenbahn die körperliche Verletzung oder die Tödtung eines Menschen herbeigeführt wird, so wird stets vermuthet, dass die Ereignung durch ein Verschulden der Unternehmung . . . eingetreten sei. . . . Von dieser Ersatzleistung wird die Unternehmung nur dann und in dem Masse befreit, als sie beweist, dass die Ereignung durch einen unabwendbaren Zufall (höhere Gewalt — *vis major*), oder durch eine unabwendbare Handlung einer dritten Person, deren Verschulden sie nicht zu vertreten hat, oder durch Verschulden des Beschädigten verursacht wurde.“

II.

Ein Blick auf diese Gesetzesstellen lehrt, dass ihre Urheber den Begriff *vis major* nicht erst aufstellen, auch nicht authentisch erklären oder feststellen, sondern als einen irgendwoher gegebenen aufnehmen und praktisch verwenden wollten.

---

[2]) Ausführliche Angaben darüber s. bei Lehmann, Körperverletzungen und Tödtungen auf deutschen Eisenbahnen, 1869.

Die Termini, in welchen er ausgedrückt wird, sind sämmtlich Uebersetzungen der verschiedenen im *Corpus juris* vorkommenden Bezeichnungen des Begriffes: *vis major, casus major, damnum fatale, vis divina,* θεοῦ βία; [3]) nicht anders der älteren deutschen Rechtsurkunden geläufige Ausdruck „Gottes und Feindes Gewalt“ (entsprechend dem obigen englischen); auch der „unabwendbare Zufall“ des preussischen und des österreichischen Haftpflichtgesetzes will nicht eine Erklärung sein, sondern Wiedergabe des (als mit v. m. gleichbedeutend angesehenen) „*casus cui resisti non potest*“, wie das insbesondere das österreichische Gesetz durch die beigefügte Parenthese („höhere Gewalt — *vis major*“) selber ausspricht. Dies terminologische Moment ist keineswegs ohne Bedeutung. Die Herkunft des Namens verräth hier, wie anderwärts, die Herkunft des Begriffes, zumal wenn ihre Aussage durch sichtbare historische Zusammenhänge unterstützt erscheint. Es wird dadurch ein Zweifel ausgeschlossen, dessen Zulässigkeit unserer ganzen Untersuchung den Boden unter den Füssen wegziehen würde, der Zweifel nämlich: ob bei den verschiedenen, hier in Betracht stehenden Gruppen von Rechtsnormen überhaupt ein und derselbe Begriff hinter so verschiedenen Ausdrücken (höhere Gewalt, unabwendbarer Zufall, *forçe majeure, acts of god and the kings enemies*) gesucht werden darf, und ob dieser Begriff gerade der sei, welchen die römischen Quellen in der Lehre vom *receptum* haben und mit *vis major* und ähnlichen Ausdrücken bezeichnen? In der That müsste ein solcher Zweifel, der mir übrigens bei keinem Schriftsteller begegnet ist, vor der Thatsache schweigen, dass hier ein Rechtsbegriff in modernen Rechtsbüchern ausnahmslos durch Ausdrücke

---

[3]) Ueber diese verschiedenen Redewendungen s. die Nachweise bei Goldschmidt, Ztschr. f. H. Rt., III. S. 87 f. „*Vis major*“ ist bei den Römern kein technisch-juristischer Ausdruck; erst bei uns ist er es geworden. Eher war vielleicht θεοῦ βία bei den Griechen, den von altersher seefahrenden, technisch; wenn *Gajus* zur Erläuterung von „*vis major*“ bemerkt „*quam Graeci* θεοῦ βίαν *appellant*“ *(L. 25, §. 6, D. locati, 19, 2)*, so klingt das, als habe er durch das Fremdwort mit feststehender Bedeutung den Sinn der lateinischen Phrase genauer bezeichnen wollen, gerade wie bei uns das Handelsgesetzbuch hinwiederum diese letztere zur Erläuterung des deutschen Ausdruckes „höhere Gewalt“ in der Klammer beigefügt hat.

wiedergegeben vorliegt, welche für einen mindestens sehr ähnlichen Begriff in der anerkannt gemeinsamen Quelle jener Rechtsbücher vorkommen. Und woher sollte man sonst den wahren Begriff nehmen, da er in unseren Gesetzen nirgends definirt, auch keineswegs durch eine gemeinverständliche, unserem Leben geläufige Bezeichnung ausgedrückt ist, sondern durch offenbar aus fremder Sprache übersetzte, bei uns nur allmälig erst als technische Rechtsausdrücke sich einbürgernde Redensarten? Zudem kommt noch der schon oben flüchtig angedeutete innere Zusammenhang der Verkehrsverhältnisse, auf welche jene Rechtssätze sich beziehen: die unzweifelhafte Geltung des Begriffes *vis major* in seinem römischen Sinne nach heutigem gemeinem Recht für den Verkehr mit Schiffern und Wirthen; die Uebertragung der Rechtsregeln vom *receptum* der Schiffer auf den Landfrachtverkehr, eine Uebertragung, die an sich natürlich und für das deutsche H. G. B. als Absicht der Gesetzgeber ausdrücklich bezeugt ist. (Vgl. Prot. S. 794. Das *receptum nautarum* ist als das wichtigere Verhältniss im Edict des Praetors an erster Stelle genannt, und hätten die Römer ein ebenso ausgebildetes Frachtgewerbe zu Lande gekannt, als zur See, so würde wohl schon das Edict auf jenes ebenfalls erstreckt worden sein.) Endlich sind die betreffenden Bestimmungen der Eisenbahnhaftpflichtgesetze offenbar nur Ableger der zuvor gedachten Normen; durch sie sollte die körperliche Integrität der Reisenden unter denselben Rechtsschutz gestellt werden, den reisende Sachgüter geniessen. (Ein in den öffentlichen Berathungen über das österreichische Gesetz wiederholt ausgesprochener Gedanke.) Es bestätigt sich also auch von dieser Seite her, dass der Begriff der höheren Gewalt, wie er heute einen Factor im Verkehrsrecht der ganzen Culturwelt bildet, zu dem Erbe gehört, das wir von den Römern überkommen haben.

Leider hat man uns dieses Inventarstück ohne Beschreibung ausgehändigt. Sei es, weil die Römer überhaupt nur ungern und ungeschickt sich mit Begriffsbeschreibungen befasst haben, oder weil zu einer exacteren Feststellung seines Inhaltes kein praktischer Anlass war, — wir finden über den Begriff der höheren Gewalt in den auf uns gekommenen Stücken der römischen Rechtsliteratur ausser dem Namen (der nicht einmal

technisch ist) nur einige Beispiele, die keineswegs genügen. Danach ist es kein Wunder, wenn die Meinungsverschiedenheiten darüber, was eigentlich *vis major* sei, schon in der Glosse beginnen.

Bereits hier, in der Glosse, treten sich die beiden Auffassungen unseres Begriffes feindlich gegenüber, die seither abwechselnd, nicht selten auch in unklarer Vermischung, in unserer Civilistik geherrscht haben, bis in unseren Zeiten eine feiner durchgebildete Form der Einen zu ziemlich allgemeiner Anerkennung gelangt ist, um in Zukunft hinwiederum — wenn und soweit unsere Darlegungen Beifall finden sollten — einer besser begründeten und schärfer gezeichneten Form der Anderen Platz zu machen. Es handelt sich bei diesem Gegensatz wesentlich darum: liegt das charakteristische Moment, welches einen gegebenen Complex von thatsächlichen Ereignungen zur „höheren Gewalt" im rechtlichen Sinne stempelt, in dem objectiven Bestande dieser Ereignungen selber, ist also etwas äusserlich gegebenes und gleichsam durch Augenschein feststellbares, — oder aber liegt es in einer Verhältnissbeziehung zwischen jenen Thatsachen und dem den Thatsachen gegenüber entwickelten Gebahren der hypothetisch ersatzpflichtigen Personen, ist also eine Relation, deren Vorhandensein keineswegs aus den stattgefundenen äusseren Ereignungen allein, sondern erst aus einer Abwägung dieser letzteren gegen das zu ihrer Vermeidung oder Unschädlichmachung aufgewendete Mass sachlicher Veranstaltungen und persönlicher Leistungen gefunden werden kann?

Die Glosse entscheidet sich für die letztere Betrachtungsweise, indem sie, um den Schiffer u. s. w. für zerstörte Güter haftbar zu machen, mindestens *culpa levissima* bei ihm erfordert, also überall, wo ganz unverschuldeter Unfall *(casus fortuitus)* vorliegt, *vis major* und Ersatzfreiheit annimmt.[4])

---

[4]) *Gl. ad L. 3. D. nautae (4, 9) in verb. „Etiam si sine culpa." Scil. levi, levissima tamen intervenit, nam si nec levissima intervenit, ergo fuit casus fortuitus, et sic non tenetur.* Das Besondere der *A. de recepto* sucht die Glosse eben darin, dass *in ista venit levissima culpa.* Das ist schon verwischt bei Bartolus: *Quando caupo adhibuit diligentiam, quam debuit adhibere quilibet paterfamilias (et sic cessat levis culpa), de eo quod contingit postea, non tenetur. (Dig. Vet. Lugd. 1585, ad h. l.)*

Dieser Gedanke, dass *vis major* und unverschuldeter oder reiner Zufall identisch seien, hat in der Theorie (mehr als in der Praxis) bis auf unsere Zeiten herab vielfach geherrscht.[5]) Jedoch ist vor dem Missverständniss zu warnen, als ob derselbe bei all' den zahlreichen Schriftstellern zu Grunde läge, welche — in Anlehnung an *L. 18, pr. D. commod. 13, 6,* wo vom Commodatar (nicht vom Schiffer oder Wirth) gesagt ist: *casus non praestet, quibus resisti non possit,* — das Merkmal der Unabwendbarkeit, Unwiderstehlichkeit, Unvorsehbarkeit u. dgl. als das Wesentliche betonen. Denn Viele, und darunter die der Praxis nahe stehenden älteren Autoren[6]), wollen mit diesen Ausdrücken nicht das Verhältniss des Ereignisses zur Diligenz des Recipienten (dass es von diesem im vorliegenden Falle trotz aller Vorkehr u. s. w. nicht abgewendet werden konnte) bezeichnen[7]), sondern eine gewisse objective Beschaffenheit des eingetretenen Ereignisses, kraft deren dasselbe schon an und für sich als *vis major* sich darstelle, ohne jeden Bezug auf die Schuldfrage; sie gehören also, mag übrigens der Inhalt des von ihnen gemeinten objectiven Kriteriums welcher immer sein, der obigen Lehrmeinung nicht an. Der Sinn der letzteren ist ja, dass in jedem einzelnen Falle *vis major* da beginnt, wo die Culpa aufhört — *intra levissimam culpam et casum fortuitum nihil est medium,* sagt die Glosse, — dass *vis major, casus fortuitus* und *casus* schlechthin identisch sind.[8]) Ihr praktisches Ergebniss besteht dem-

---

[5]) S. die zahlreichen Citate bei Goldschmidt, a. a. O. S. 84 f. und die bei Pfaff, diese Ztschr. VIII, S. 730 angeführten Schriftsteller; z. B. Mackeldey, Lehrb. §. 341 „. . . . wird das, was wir Zufall nennen, im R. R. auch *vis major, vis divina, vis naturalis, fatum* genannt." Arndt's Pand. §. 289: „Schiffer . . . haften . ., wofern nicht . . fremde Gewaltthat oder reiner Zufall den Verlust verursacht."

[6]) Insbes. Leyser und Glück (s. unten).

[7]) So meint es allerdings z. B. Mittermaier, Grunds. d. deutschen Privatr. II, §. 540, „ein Ereigniss, welches der Schuldner nicht vorhersehen und vermeiden konnte, in Ansehung dessen ihn auch (also?) keine Schuld trifft."

[8]) Eben dieses ist bis heute der Standpunkt der Commentatoren des französischen *Code civil.* „*Force majeure*" und „*cas fortuit*" sind ihnen dem rechtlichen Effect nach durchaus gleichwerthige Begriffe: „*Ces mots sont souvent employés, separément l'un pour l'autre, ou même l'un et l'autre cumulativement, comme synonymes; et ils expriment, en effet, egalement l'idée d'une*

gemäss für das heutige Recht in der völligen Gleichstellung der Haftung aus dem Receptum mit derjenigen aus dem Miethvertrag, nachdem die Unterscheidung zwischen *levis* und *levissima culpa* längst fallen gelassen ist, und auch darüber kein Zweifel mehr besteht, dass die Beweislast hinsichtlich des behaupteten Zufalles auch nach den Grundsätzen vom Miethvertrag den Beklagten betrifft. [9]) Es gäbe also für unsere Fälle singuläres Recht überhaupt nicht. — Inwiefern dieses Ergebniss dem Sinne der Quellen und dem praktischen Bedürfniss entspricht, mag vorerst auf sich beruhen; es wird sich das unten von selbst erledigen im Zusammenhange mit unserer Kritik der jetzt herrschenden Lehre, die ja, von derselben Grundansicht ausgehend, zu sehr ähnlichen Ergebnissen gelangt.

---

cause étrangère, qui ne peut être imputée au debiteur ... on les voit, presque partout, confondus dans la même signification, soit dans les livres de jurisprudence, soit dans les textes de la loi." Demolombe, *traité des contrats, 1877, I, p. 549; V, p. 588* (unter Berufung auf Vinnius und Merlin, *Repert. v. force m.* und *cas f.).* Aeltere Unterscheidungen nach der Herkunft des Uebels (z. B. *force naturelle — fait de l'homme)* werden als scholastisch, mit Recht, verworfen. Die Unterscheidung des a. 1773 *Cod. civ.* in *„cas fortuits ordinaires et extraordinaires"* wird materiell nur für das Pachtverhältniss, ausserdem für den Beweis in dem Sinne verwerthet, dass bei letzteren (Elementarereignisse) der Schuldner, in jeder Obligatio, nur den Eintritt des Falles, nicht auch seine Schuldlosigkeit zu beweisen habe, um wegen Unmöglichkeit der Leistung befreit zu werden (l. c. V, p. 589). Eine besondere Anwendung davon auf die Fälle des *receptum* findet sich nicht. Nur hinsichtlich des Diebstahls wird bei Pardessus, *droit comm. II, p. 625,* und Troplong, *du prêt, du depôt, p. 397,* (a. M. aber Dalloz) gefordert, dass derselbe *„par des hommes attroupés"* oder *„accompagné de violence armée"* verübt sei, weil sonst *„il laisse ordinairement supposer un défaut de prévoyence et de soin."* Bis auf diese leise Spur also ist der specifische Begriff der *vis major* der französischen Civilistik (wie schon der Glosse) abhanden gekommen. Ob das auch für die Praxis des Handelsrechtes gilt, kann ich nicht beurtheilen; aus Pardessus — der II, p. 89 ff. die obigen Ausdrücke ebenfalls gleichwerthig stellt, und p. 624 ff. bei der Haftung des Frachtführers die Differenz in der Textirung zwischen *Cod. civ.* a. 1784 und *c. com.* a. 103 unbeachtet lässt, übrigens aber in der Beweispflicht des Frächters die Hauptsache findet — lässt sich das Gegentheil nicht schliessen.

[9]) Früher sah man wohl in dieser Vertheilung der Beweislast den Vorzug der *a⁰ de recepto* vor der *a⁰ locati;* s. z. B. das Urth. bei Leyser, med. I, pag. 713.

Der Widerspruch gegen das Obige ist, wie gesagt, ebenfalls schon in der Glosse enthalten und dahin ausgesprochen: es bestehe, nach Ansicht Anderer, eine Haftung *ex recepto* auch ohne jedes Verschulden, da es Zufälle gäbe, die nicht *vis major* seien, z. B. Diebstahl im Gegensatz zum räuberischen Ueberfall.[10] — Damit war für alle Späteren, die diesen Gedanken aufnahmen, die Nothwendigkeit gegeben, zwischen einfachen Zufällen und jenen qualificirten, die in das Gebiet der v. m. fallen, das unterscheidende Merkmal zu suchen; ein Merkmal, das natürlich ein objectives, im äusseren Thatbestand des Ereignisses selbst gelegenes sein muss, sobald einmal feststeht, dass die Frage nach Schuld oder Unschuld der im wirklichen Fall in Betracht kommenden Personen jenseits der Linie zurückbleibt, diesseits welcher erst das Bereich der in zwei Gruppen zu zerlegenden Unfälle beginnt. Natürlich hat man sich bei dem Versuche solcher Scheidung zunächst an die in den Quellen überlieferten Beispiele, *naufragium* und *vis piratarum*, gehalten; indem man sie vorsichtig generalisirte und dabei die Synonyma *damnum fatale, vis divina* im Auge behielt, gelangte man zur „Gottes- und Feindesgewalt". So sagt Donell, wo er von unserem Gegenstand *ex professo* handelt, „*est autem vis major, quae immittitur coelitus, ut si caupona tacta fulmine conflagrarit: ita ceteros casus nautae, caupones praestabunt*" *(XV, 53, §. 11)*, und an anderer Stelle zählt er auf „*a rebus superioribus est vis, quam nostri vim divinam dixerunt, ut ventorum, turbinum, pluviorum, ceterarum calamitatum, quae a coelo ingruunt, ... ab hominibus: incursus hostium, praedonum impetus ....*" *(XVI, 6, §. 12)*. Wenn dann bei neueren Schriftstellern und namentlich sehr häufig in gerichtlichen Urtheilen die Ausdrücke „Elementarereigniss", „Naturgewalt" u. dgl. zur Bezeichnung unseres Begriffes vorkommen, so ist dies nichts Anderes, als jene „*vis, quae immittitur coelitus*" im Gewande der heutigen Vorstellungsweise, also immer noch im Grunde nur eine Verallgemeinerung jenes labeonischen Beispiels. — Der so formulirte Begriff der „höheren Gewalt" ist, wie man

---

[10]) *Quidam tamen dicunt, quod licet non adhibeat levissimam culpam quis, puta quia fuit furto subtracta, ubi non est fortuitus casus (nam furtum non computatur inter fortuitos casus, sed latrocinium), quod tunc tenetur. Gl. ad L. cit.*

sieht, ein sehr enger; auf seinen juristischen Werth wird noch zurückzukommen sein.

Aber die Meisten wollten bei der einfachen Wiedergabe jener Beispiele — mit der Erweiterung des *naufragium* zum Elementarunglück und der *vis piratarum* zur feindlichen Ueberwältigung — doch nicht stehen bleiben, sondern ein beiden Fallgruppen gemeinsames Merkmal finden, das alsdann das Kriterium zur Ausscheidung der als *vis major* zu bezeichnenden Fälle zu bilden hätten. Da schien es nun, dass an den Ereignissen, die nach Anleitung der überlieferten Beispiele hieher zu rechnen sind, die überwältigende Wucht des Auftretens, welche jedes menschlichen Widerstandes spottet, charakteristisch sei; sie erwies sich zugleich als das einzig Gemeinsame in den beiden sonst so verschiedenartigen Gruppen, Elementarunfälle und Feindesgewalt, und auf sie schien der classische Ausdruck *major* deutlich hinzuweisen. So gelangte man zu dem Merkmal der Unwiderstehlichkeit oder Unabwendbarkeit und definirte v. m. als „unabwendbaren Zufall", „*casus cui resisti non potest.*" Wie schon oben bemerkt, ist damit nicht die Unabwendbarkeit *in concreto*, sondern *in abstracto* gemeint: der Zufall muss seiner Art nach so sein, dass Menschenkräfte dagegen nicht aufkommen; wie gross im vorliegenden wirklichen Fall die ihm entgegengestemmten Kräfte waren, oder hätten sein sollen, kommt gar nicht in Anschlag; das Kriterium ist ein objectives.[11]) Diese Auffassung erscheint

---

[11]) Schon Donell gibt der Sache gelegentlich diese Wendung: *Idem dicitur generaliter vis major, ut sit vis major, quam ut ei resisti possit;* und sodann im scharfen Gegensatze zu der *vis major* und *casus* identificirenden Auffassung: *Id non pro interpretatione et demonstratione sed pro restrictione accipiendum est, ut sit sensus, v. m. non omnis vis, sed ea, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant.* Ebenso Gothofred zu L. 3, §. 1, h. t.: *damnum fatale appellatur, quod cuivis patri familias, etiam diligentissimo, potest accidere.* Auch Leyser (Med. ad. P. I. p. 715): *Itaque damnum fatale et v. m. tunc saltem excusabit recipientem, cum is evidenter ostendere potest, talem fuisse calamitatem, quam neque ipse neque sui, quantamcunque adhibuissent diligentiam, avertere potuissent. Cujus exemplum in incendio ex fulmine aut in aedibus vicinis orto, in naufragio, in vi praedonum occurrit.* Also: nicht ob jene Diligenz vorliegendenfalls angewendet wurde, ist zu fragen, sondern ob *talis calamitas* vorliegt, dass die Diligenzfrage ohne Sinn wäre; daher *furta* (auch unverschuldete) *ad damna fatalia non referri, sed potius recipienti imputari.* Vollkommen deutlich ist dies bei Glück, Pand. 6, S. 120: „*vis major*, welcher Ausdruck eine

nicht als Gegensatz, sondern als Fortbildung der eben zuvor besprochenen, als Versuch einer rationelleren Formulirung derselben; ihrem praktischen Inhalt nach sind beide nahezu identisch, denn die Fälle, welche als „unwiderstehliche“ im obigen Sinne angeführt werden, sind immer wieder die sogenannten Elementarschäden und räuberische oder feindliche Ueberwältigungen, höchstens wollten Einige auch Viehseuchen und Epidemien dazu rechnen, die aber immerhin auch unter den sehr vagen Begriff der Gottesgewalt gebracht werden können, insoferne die homerische Vorstellung vom Ursprung der Seuchen in anderer Gestalt ja immer noch fortlebt.

Das also ist die Lehrmeinung, welche, jener in der Glosse angedeuteten Opposition folgend, die Identificirung von v. m. und *casus* verwarf und ein objectives Kriterium zwischen beiden zu ermitteln bemüht war. Sie konnte bei uns bis in die Mitte des Jahrhundertes als die überwiegend herrschende, von den besten Autoritäten getragene, betrachtet werden[12], wie sie es derzeit noch in England und Amerika ist.[13] Woran liegt es, dass sie heute in

---

solche Begebenheit bezeichnet, die man auf keine Weise abzuwenden, oder der man durchaus nicht zu widerstehen im Stande war. Dahin gehört z. B. Einfall der Feinde, gewaltsamer Einbruch der Räuber, Ungewitter, Brand, der in des Nachbars Hause entstanden ist, u. dgl. . . . . Dahingegen befreien solche *casus fortuiti* den Gastwirth von seiner Verbindlichkeit nicht, die jene physische Unmöglichkeit der Abwendung nicht mit sich führen, wenn er auch beweisen wollte, dass sie sich ohne seine Schuld ereignet haben.“ Aeltere gemeinrechtliche Schriftsteller, die sich in demselben Sinne aussprechen, sind angeführt bei Glück a. a. O., Note 50. (Wernher, Lauterbach, Kästner, Pufendorf.)

[12]) Sintenis, Civilrt. II, S. 698 („unabwendbare Naturereignisse“) Unterholzner, Schuldverhältnisse II, S. 734 („ein schlechthin Unvermeidliches“), Bluntschli, D. Priv. Rt., S. 333 („Naturereignisse, Feindesgewalt“), Holzschuher, Theorie u. Casuistik III, S. 833 und viele Andere: „Ereignisse, deren Abwendung menschliche Voraussicht und Kraft zu übersteigen pflegt. In diesem Sinne wird der Begriff wohl von den Meisten gedacht“ (Goldschmidt a. a. O. S. 87; 1860). Aus der Praxis z. B. das Erk. von Lübeck v. 1826 bei Seuffert Arch. VII, 31 „*V. m.* ein höherer Grad des *casus* gleich einer Gewalt, welcher, wenigstens wenn das Ereigniss einmal da ist, die menschliche Kraft nicht weiter gewachsen ist.“

[13]) Nach englisch-amerikanischem Recht wird der Frachtführer befreit durch den Beweis von *act of God*, oder *of the kings enemies* (in Amerika: *public enemies)*; letzteres allein wird regelmässig unter *vis major* verstanden

der deutschen Literatur und Praxis als nahezu aufgegeben dasteht?[14])

III.

Der Hauptgrund, glaube ich — obwohl das nirgends besonders betont worden ist — liegt in der anscheinenden

= *„superior force of public enemy“* (Wharton, *a treatise on the law of negligence*, Philadelph. 1874, §. 560). Gottesgewalt ist gleichbedeutend mit Elementarschaden *„the forces of nature“* (Smith, l. c. p. 14), *„disasters caused by storms and sudden extremes of temperature“* etc. (Wharton, §. 558). Die Ersetzung durch den Ausdruck *„inevitable accident“* ist zwar vorgeschlagen als *„a more respectful mode of expressing the act of God“*, wird aber als unrichtig verworfen: der Unfall braucht nicht absolut unvermeidlich zu sein, wenn er nur ein elementarer und unverschuldeter ist; er kann andererseits ganz unvermeidlich sein, aber doch nicht *act of God*, z. B. *„fire, though part of a general conflagration such as no prudent business man could have expected, is no avoidance, unless it was caused by lightning* (Blitz).“ Wharton, §§. 554, 557. Also im Wesentlichen der obige Standpunkt Donell's.

[14]) Heute noch halten diesen Standpunkt, gegen die inzwischen herrschend gewordene Ansicht Goldschmidt's, fest: Brinz, P. 2. Aufl. II, S. 272: „Die Fälle der höheren, d. i. gemeiner Vorsicht und Gegenwehr überlegener Gewalt *(vis m.)*,“ und Pernice, *Labeo* II, S. 346: „.. man kann das *damnum fatale* im römischen Sinne als Schaden, der durch Elementarkräfte angerichtet wird, kennzeichnen .... Mit diesem aber wird das durch Menschen angerichtete Unheil unter Umständen gleichgestellt: bei Feuersbrunst, bei Angriffen von See- und Strassenräubern.“ — Bei den Commentatoren unseres H. Gbs. klingt zwar die alte Lehre immer noch deutlich an (Hahn, II, S. 436): „Ereignisse, deren Vermeidung, wenn ....., an sich unmöglich ist,“ Eger, das deutsche Frachtrecht 1879, I, S. 238: „diejenigen Naturereignisse und Handlungen dritter Personen, welche ungeachtet aller irgend möglichen durch die Umstände gebotenen Vorsicht weder abzuwenden noch in ihren schädlichen Folgen vermeidlich sind“ (vgl. auch die daselbst weiterhin Angef. und Thöl, Hrt. III, S. 40), — aber das ist nur Schein, der Kern der alten Lehre: dass es auf die Natur des Unfalls *in abstracto*, nicht auf die Umstände des concreten Falls ankommen soll, ist überall aufgegeben. Derselbe Umschwung in der Praxis des d. O. H. G. (s. die Berichte bei Eger a. a. O.), besonders deutlich z. B. im Erk. Nr. 79, Entsch. Bd. 25 (1873), wo die zweite Instanz definirt hatte: „ein unabwendbares Natur- oder anderes Ereigniss, dem menschliche Kräfte nicht widerstehen könnten,“ das O. H. G. aber diese „ältere und strengere Ansicht“ zu Gunsten der „neueren Ansicht“ (Goldschmidt's) verwirft. Hingegen sind die österreichischen Gerichte in zwei vom ob. Ghf. bestätigten Urtheilen (1872, 1875) bei der alten Doctrin geblieben: *V. m.* „eine höhere durch menschliche Kräfte nicht abwendbare Gewalt“ (Glaser-Unger, Samml. Nr. 4530, 5664).

Principlosigkeit dieser Lehre. Man fühlt sich von ihr nicht befriedigt, weil sie den betreffenden Sätzen unseres positiven Rechtes einen scheinbar irrationellen Inhalt gibt. Warum sollen gerade Elementarunfälle von der Haftung befreien, ein anderes vorliegendenfalls ganz ebenso unverschuldet eingetretenes Ereigniss hingegen nicht? Warum will das Gesetz dem Recipienten gerade hier die Rechtslage eines Versicherers aufbürden, während sie dort entfällt, und zwar gerade bei solchen Ereignissen entfällt, denen gegenüber sonst die Versicherung am natürlichsten und nöthigsten erscheint? Hat es überhaupt einen Sinn und welchen, das Haften oder Nichthaften des Frachtführers für unverschuldeten Schaden von dem ganz äusserlichen Moment einer gewissen Herkunft und Gestalt des schädigenden Ereignisses abhängig zu machen? Solche Fragen drängen sich auf und sie waren es wohl, die zu dem Urtheil geführt haben, dass jene Lehre „sowohl eine, jeder tieferen Auffassung widerstrebende, Veräusserlichung der Schuldfrage, wie eine materielle Ungerechtigkeit in sich schlösse.“ [15]) Wir Heutigen sind eben viel schwerer, als unsere Vorväter, mit dem „*lex dura sed ita scripta*“ zu beschwichtigen. — Nun kommt aber hinzu, dass das Gesetz so, wie unsere Lehre formulirt, gar nicht geschrieben ist, und somit, selbst angenommen, dass sie den Grundgedanken des Gesetzes richtig erfasst habe, die Frage offen bleibt, ob ihre Formulirung eine sachgerechte und praktisch brauchbare sei. Da erregt nun zuvörderst die ältere Fassung „Elementar- und Feindesgewalt“ die gerechtesten Bedenken. Was ist für unsere naturwissenschaftlich geschulte Denkart ein „*act of God*“, ein „Elementar-“ Ereigniss? Nichts, müssen wir sagen, oder Alles, ausgenommen etwa directes Menschenwerk. Den Alten galt der Blitz als Typus von *vis major,* wir haben ihn gezähmt und lassen ihn wie ein Hausthier für uns arbeiten; sollte also der Blitzschaden deshalb ersatzfrei sein, weil er Wirkung der elektrischen Elementarkraft ist, so müsste dasselbe bei dem Eisenbahnunglück gelten, welches in Folge zufälliger Abirrung des elektrischen Funkens im Draht und eines dadurch verstümmelten Telegrammes verursacht ist. Schnee und Frost

---

[15]) Goldschmidt, a. a. O. III, S. 89.

sind elementar; soll es darum *vis major* sein, wenn das Oel in einem inneren Theil der Locomotive friert, daher eine Vorrichtung stockt und ein Unglück erfolgt? aber der Frost in der Maschine ist doch nicht weniger elementar, als der draussen, und nicht weniger, als das Faulen, Rosten u. dgl., durch welche Naturprocesse Verkehrsmittel geschädigt und Verkehrsunfälle, vielfach unverschuldet, herbeigeführt werden. Der Begriff „Elementargewalt", „Naturereigniss" u. dgl. ist also als technischer nicht haltbar. Der Richter mag zwar und wird vielfach im concreten Falle das Richtige dabei herausfühlen; aber wir sollen ihm ja nicht ein Schlagwort für seinen juristischen Instinkt geben, sondern einen Begriff für den Verstand. Dass es mit der „Feindesgewalt" nicht viel besser steht, leuchtet wohl ein, zumal wenn man, wie allgemein geschieht, heimische Räuber inbegriffen sein lässt. Man braucht da nur zu fragen, wie Viele ihrer sein müssen, damit der Begriff Anwendung finde, und warum es nicht auch Räubergewalt sein soll, wenn ein einziger kühner Strolch den Fuhrmann tödtet und den Wagen ausraubt, oder auf den fahrenden Lastenzug aufspringt und nach Ueberwältigung des Frachtwächters die Ballen herauswirft. — Scheinbar besser durchdacht ist die jüngere Formulirung unserer Lehre, wonach die „Unabwendbarkeit" des Zufalls das Kriterium bilden soll, denn Jeder weiss, dass unvermeidliche und vermeidliche Unfälle vorkommen. Aber wenn wir uns erinnern, dass dieses Merkmal als ein absolutes oder objectives hier gemeint ist und gemeint sein muss, um zu einer objectiven Scheidung der Unfälle in „höhere" und einfache zu dienen, so stellt sich die Sache ungünstiger dar. Denn, wie längst bemerkt ist[16]), es gibt nichts an sich Unabwendbares noch Unwiderstehliches: selbst die Zerstörung der Waaren durch Erdbeben oder Schlacht wäre vermieden, wenn dieselben in einem Keller gelagert, oder rechtzeitig aus der bedrohten Gegend fortgebracht worden wären. Das „Unvermeidliche" ist eben ein wesentlich Relatives, nur vorhanden im Vergleich zu einem gegebenen Bestand von Widerstandsmassregeln und -Mitteln. Auch damit ist dieses Kriterium nicht zu retten, dass seine Absolutheit aufgegeben und Alles

---

[16]) Mommsen, Beitr. z. Oblrt. I, S. 236.

auf die Unterscheidung abgestellt wird „zwischen Unfällen, gegen die man regelmässig nicht aufkommt und solchen, gegen die man nur ausnahmsweise nicht aufkommt.“ [17]) Wenn ich hiernach jeden der möglichen Unfälle in eine der zwei Classen einreihen soll, so muss ich durchaus wissen, wer „man“ ist; denn ein Ereigniss, gegen welches ein atlantischer Postdampfer regelmässig spielend aufkommt, kann einer Barke ebenso regelmässig verderblich sein (z. B. der Schlag eines Walfisches) und wiederum bedeutet z. B. ein aus dem Gebirge kürzlich herabgefallener, im Wege liegender Felsbrocken für den Dampfzug einen regelmässig unabwendbaren Casus, nicht aber für den Fuhrmann, der ausweichen oder umkehren kann. Man müsste also, um den so modificirten Begriff handhaben zu können, bei den verschiedenen Kategorien von Unternehmungen, um deren Ersatzpflicht es sich zu handeln pflegt, jeweils besonders fragen, was sind für Eisenbahnen, für Pferdebahnen, für gemeine Fuhrwerke, für Dampfschiffe u. s. w., was für steinerne, für hölzerne Wirthshäuser u. s. w. die Unfälle, gegen welche sie regelmässig nicht aufkommen können. Habe ich aber einmal angefangen, in dieser Richtung zu classificiren, — und damit auf die objective Bestimmung des Begriffes *v. m.* verzichtet — so ist keine rationelle Grenze erfindlich, wo die Classificirung aufhören soll, da innerhalb jeder Classe sich wieder erhebliche Unterschiede aufdrängen, und es bleibt endlich gar nichts übrig, als die Individualisirung, d. h. zu sagen: Ein Ereigniss ist rechtlich als *v. m.* zu betrachten, wenn es nach der Lage des einzelnen wirklichen Falles für den Betroffenen unvermeidlich und unwiderstehlich war.

Damit aber sind wir bei dem Satze angelangt, der, wie ich zeigen werde, den eigentlichen Inhalt der für die deutsche Rechtpflege heute massgebenden Theorie in unserer Materie bildet.

IV.

Begründet wurde diese neuere Auffassung durch die Abhandlung Goldschmidt's über das *receptum nau-*

---

[17]) Brinz, a. a. O. N. 31.

arum. [18]) Sie hat den Begriff *vis major*, der bis dahin in der Literatur stets nur beiläufige Behandlung gefunden hatte, zuerst einer besonderen und gründlichen Betrachtung unterstellt, seinen Inhalt aus der römischen Lehre vom Receptum quellenmässig zu entwickeln und sodann die Anwendung auf die modernen Verhältnisse, in denen er vorkommt, also namentlich das Frachtgeschäft, durchzuführen unternommen.

Ihre Ergebnisse sind von fast allen späteren Schriftstellern aufgenommen (über einige Ausnahmen s. oben Note 14), wenigstens dem Grundgedanken nach [19]) und die neuere Praxis des R.-O. H. G. mit den bedeutendsten Commentaren zum H. G. B. ist ihnen gefolgt. Es versteht sich hienach, dass jeder Versuch einer erneuten Untersuchung des in Frage stehenden Begriffes von einer gewissenhaften Würdigung der Goldschmidt'schen Aufstellungen ausgehen muss. Einer in's Einzelne gehenden Wiedergabe derselben bedarf es zu diesem Zwecke natürlich nicht, es wird genügen, an den Gedankengang und die Schlussergebnisse zu erinnern.

Nach Goldschmidt besteht das Besondere der vom römischen Edict gegen Schiffer und Wirthe aufgestellten Grundsätze, im Gegensatz zu den ihnen schon nach Civilrecht obliegenden Verpflichtungen, in ihrer Haftung für Schäden und Entwendungen, welche: 1. von den eigenen Leuten des Unternehmers mit Einschluss der Mitreisenden und 2. welche von Dritten, zu der oben gedachten Kategorie nicht gehörigen, Personen verschuldet worden sind; letztere Haftung aber sei keine unbedingte, sondern beschränkt auf die Verpflichtung zu *custodia,* d. h. entsprechender Bewachung. Darüber hinaus finde eine Haftung edictsmässig überhaupt nicht statt und beginne das Bereich der höheren Gewalt. „Als *vis major* oder *casus* gilt in der Theorie vom *receptum* ein jedes vom Recipienten selbst unverschuldete Ereigniss, welches nicht unter Satz 1 und 2 fällt.“ (S. 95.) Hienach ist *v. m.* ein Restbegriff, durch positive Merkmale seiner Natur nach

[18]) Zschr. f. d. ges. Handels-Rt. III, S. 58, 331 ff. 1860 mit einem Nachtrag das. XVI, S. 324 ff. 1871.

[19]) Auf hervorragende Abweichungen einzelner (Dernburg, Windscheid, Thöl), die aber doch den Grundgedanken nicht berühren, werde ich unten zurückkommen.

nicht bestimmbar; für seinen praktischen Inhalt aber kommt Alles auf den Umfang an, welcher der Haftung für *custodia* gegeben wird. Diese aber bestimmt G. nachträglich dahin: „weder findet unbedingte Haftung . . . statt, . . . noch auch nur die gewöhnliche, sondern eine verstärkte, deren Umfang, unter Berücksichtigung des Grundgedankens unseres Instituts und der bezweckten strengen Haftung, der Richter im einzelnen Falle nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen hat. Nur was darüber hinausliegt, ist nicht vertretbarer Zufall, *vis major.*" (S. 115.) Und dieses wird dann mit besonderer Anwendung auf das heutige Rechtsverhältniss des Frachtführers abschliessend nochmals so formulirt: „*Ex locato* haftet der Frachtführer nur für *diligentia in custodiendo* nach dem Massstab des *diligens pater familias*, dagegen *ex recepto* ist er, vermöge der noch besonders übernommenen *custodia*, zur Anwendung auch ausserordentlicher, durch die Umstände irgend indicirter Vorsichtsmassregeln verpflichtet, und haftet schlechthin, sofern nur deren Unterlassung die Beschädigung oder Entwendung ermöglicht hat. Im entgegengesetzten Falle ist auch er frei." (S. 369.) Es versteht sich wohl, dass jene „ausserordentlichen Vorsichtsmassregeln" nicht blos gegen die Gefahr von Entwendungen und Beschädigungen durch dritte Personen, sondern ebenso auch gegenüber schadendrohenden Natureinflüssen gefordert werden. — Die legislativ-politische Spitze aber, in welche Goldschmidt's Erörterungen auslaufen, ist bekanntlich das Votum gegen die Aufnahme der Grundsätze des *Receptum* in das (damals noch in Berathung befindliche) deutsche Handelsgesetzbuch. Da „für die praktisch nur unerheblich strengere Haftung *ex recepto* kein Verkehrsbedürfniss nachweisbar sein dürfte," da „dem praktischen Bedürfniss mit der Haftung für *diligentia* sicherlich genügt wäre," und überdies „diese Grenzlinie (zwischen beiden Haftungen) eine überaus schwankende ist," so wird befürwortet, gesetzlich festzustellen: Der Frachtführer sei ersatzfrei, wenn er beweist, der Verlust oder Schaden sei „durch Zufall" entstanden. (S. 369, 384, 385.)

Darin nun stimme ich Goldschmidt durchaus bei: wenn Obiges wirklich der Inhalt der römisch-rechtlichen,

besonderen Haftpflicht *ex recepto* ist, dann könnte man deren Aufnahme in irgend ein neues Gesetzbuch nicht befürworten. Und ich füge sogleich hinzu: nachdem gleichwohl eben diese Haftpflicht — und zwar ausdrücklich und mit Vorbedacht — in unser Handelsgesetzbuch aufgenommen wurde, müsste man das als überflüssig und schädlich, weil unklar und die Rechtsprechung verwirrend, beklagen. Denn die feste Grenzmarke ist aufgegeben, welche das Genie der alten Juristen in der *diligentia boni patris familias* dem rechtlichen Anspruch an die Umsicht und Kraft Dessen gesteckt hat, der überhaupt mit fremden Sachen entgeltlich sich befasst. Die Linie ist gegenüber dem Frachtführer zu Land und zu Wasser erweitert — aber wohin, bis zu welcher Grenze? Die Erweiterung auf die Haftung für das eigene Personal des Unternehmers und aller Hilfspersonen scheidet aus unserer Betrachtung aus, da sie ohnehin anderweitig besonders normirt ist (Art. 400 H. G. B); bleibt also die Haftung im Falle von Beschädigungen durch Dritte und, was praktisch viel erheblicher ist, durch unpersönliche Ereignisse der verschiedensten Art. Hier nun soll die erhöhte Haftung platzgreifen über die gemeine *culpa levis* hinaus bis zur Verantwortlichkeit für die obigen „ausserordentlichen Vorsichtsmassregeln", für die „sorgsamste Obhut" (Goldschmidt) oder, wie Andere es ausdrücken, für „die Entfaltung der grössten Umsicht und Sorgfalt, welche nach den concreten Verhältnissen vernünftigerweise verlangt werden kann" [20]), für „die alleräusserste Anstrengung, Sorgfalt, Peinlichkeit, wie sie nur irgend möglich ist [21])" oder auch für „jene Vorsichtsmassregeln, welche nach den Regeln des wirthschaftlichen Verkehres im concreten Falle von dem sorgfältigsten Frachtführer gefordert werden dürfen; . . . . eine Erhöhung der gewöhnlichen Diligenz, hervortretend . . . in dem Einstehen für alle Zufälle, welche durch Anwen-

---

[20]) Grünhut, Archiv für Wechselrt. IV, S. 122. Aehnlich Goldschmidt, in dem spätern Aufsatze, Ztschr. f. H. Rt. XVI, S. 528 . . . „völlige Unabwendbarkeit durch diejenigen Massregeln, welche unter den concreten Verhältnissen zur Abwendung solcher Gefahren nach verständigem Ermessen geboten erschienen." Hienach auch Haan, Comm. zu Art. 395, §§. 12, 14 und Andere.

[21]) Thöl, H. Rt. III, S. 41.

dung einer ausserordentlichen Sorgfalt abgewendet werden können." [22])

Zweierlei sticht hier sofort hervor: dass dem Frachtführer etwas Ausserordentliches an Vor- und Umsicht zugemuthet werden will, über das Mass dessen hinaus, was man sonst im Leben von tüchtigen Leuten erwarten darf, und sodann, dass die obere Grenze dieses geforderten Plus, der Anfang des Bereiches der „höheren Gewalt", stets nach den besonderen Umständen des einzelnen wirklichen Falles durch das „verständige Ermessen" des Richters gefunden werden muss. [23]) Ich bedauere diesen Richter; er wird, je verständiger sein Ermessen sonst zu sein pflegt, um so rathloser vor einer solchen Aufgabe stehen. Sobald er die Ueberzeugung gewonnen hat, dass keinerlei Verschulden des Beklagten bei dem vorliegenden Unfall unterlaufen ist, und er sich nun nach Anleitung obiger Theorie weiter fragen soll, ob nicht gleichwohl in diesem Falle „unter Berücksichtigung des Grundgedankens unseres Institutes und der bezweckten strengen Haftung" die Ersatzpflicht auszusprechen sei, wird er für die Beantwortung dieser Frage, an der Millionen hängen mögen, vergeblich nach einem festen Anhalt suchen. Was ist der Grundgedanke unseres Institutes? Die strengere Haftung.

---

[22]) Randa, Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen etc. nach dem Ges. v. 5. März 1867. Wien 1869, S. 15, 14. — Auch Eger, Frachtrecht S. 138 . . . „so dass er frei wird durch den Nachweis höchster Diligenz nach Massgabe des concreten Falles. Ueber den so normirten Umfang der höheren Gewalt herrscht im Wesentlichen in der neuern Theorie ein Streit nicht mehr" (folgen zahlreiche Anführungen).

[23]) „Eine Schablone für die Beurtheilung der Frage, ob ein Frachtführer die ihm obliegende *diligentia* beobachtet habe, ob er durch *v. m.* von seiner Haftpflicht befreit werde, lässt sich nicht aufstellen. Wenn irgendwo, so ist es hier ein Gebot der *aequitas*, jede dem Flusse des Lebens widersprechende Verknöcherung der Begriffe hintanzuhalten, damit der Individualität des Falles die gebührende Berücksichtigung zu Theil werde. Es ist und bleibt eine *quaestio facti*, ob *v. m.* im einzelnen Falle vorhanden sei oder nicht." Grünhut, a. a. O. S. 122. — „Aber eben darum, weil sich das Gebiet des nicht vertretbaren und des vertretbaren Zufalls nicht allgemein, sondern nur concret für das einzelne Rechtsinstitut oder gar Rechtsverhältniss abgrenzen lässt, gibt es auch keinen objectiven und überall gleichen Begriff der höheren Gewalt." Goldschmidt, l. c. XVI, S. 329, und die schon oben im Texte angef. Stelle aus III, S. 115.

Aber wie streng? das ist ja eben die Frage und dafür fehlt der Massstab. Denn der Hinweis auf „ausserordentliche Vorsichtsmassregeln“ u. dgl. kann einen solchen darum nicht abgeben, weil das Ausserordentliche immer individuell, untypisch, und darum zum Vergleichungs- und Messmittel untauglich ist. Die Erkenntniss dieser Wahrheit war es doch, die den *diligentissimus pater fam* und die *culpa levissima* aus unserer Civilistik ausgeschlossen hat; ein ausserordentlicher Mensch, der in seiner Vorsicht und Bedächtigkeit über die Linie aller tüchtigen und erfahrenen Leute seines Faches oder Berufes hinausgeht, ist ein „Original“, vielleicht ein Pedant oder Narr (wie schon Puchta bemerkt hat), keinesfalls ein taugliches Mass für Andere. Nicht deshalb, weil man von Niemand eine höhere, als die Durchschnittsdiligenz verlangen könnte (warum sollte das schlechthin ausgeschlossen sein?) ist *culpa levissima* ein unhaltbarer Begriff, sondern einzig darum, weil es, bei der erwähnten Beschaffenheit des *diligentissimus p. f.,* an der technischen Möglichkeit fehlt, das Vorhandensein eines solchen dritten Schuldgrades mit derjenigen Sicherheit festzustellen, ohne die keine Rechtspflege arbeiten kann. Das wird sich jedem praktischen Juristen aufdrängen, sobald er es versucht, mit solch' einem Massstab Ernst zu machen. Wollte man etwa in einem Bauprocess den Sachverständigen die Frage vorlegen: ob Beklagter bei Ausführung dieses Brückenpfeilers nicht nur alle von der Kunst heute gebotenen und von gewissenhaften Technikern allgemein befolgten Mittel und Vorkehrungen angewendet, sondern ob er auch jene Vorsichten u. s. w. befolgt habe, die ein Ausnahmsmensch in seiner Lage, ein übervorsichtiger, bis zum Aeussersten ängstlicher Techniker für nöthig gehalten hätte, so würden sie auf diese zweite Frage keine Antwort haben, es sei denn die: was solch' ein Mensch etwa gethan haben würde, lasse sich nicht sagen, da verschiedene Sonderlinge jeweils auf sehr verschiedene Einfälle gerathen. Also weil wir ein objectives Schuldmass nur in den normalen Erscheinungen des Lebens haben, ohne ein solches aber in Finsterniss und Willkür gerathen, können wir eine gesetzliche Haftung für *culpa levissima* nicht brauchen. — Allerdings verwahren sich die Haupt-

vertreter unserer Lehre ganz ausdrücklich gegen die Unterstellung, als wollten sie den verewigten *diligentissimus* wieder erwecken, eine Unterstellung, die vermöge der in obigen Formeln enthaltenen Superlative freilich nahe gelegt erscheint; sie behaupten, dass ihre Ansicht keineswegs die Haftung des Frachtführers für „*diligentia exactissima*" bedeute, dass dessen Haftung vielmehr eine Haftung für unverschuldete Ereignisse sei, welche ihm aber „stets als Verschulden angerechnet werden," und dass man daher „diese Gefahrstragung dogmatisch auf eine Fiction der *culpa* zurückführen" müsse, indem „das Gesetz in diesen Fällen das Vorhandensein einer *culpa* fingirt." [24]) Allein darin kann man doch allerhöchstens einen Fortschritt in der Eleganz der Formulirung erblicken; der praktische Gedanke ist derselbe geblieben und mit ihm die soeben besprochene Undurchführbarkeit seines Inhalts. Wenn das Abnormale kein Mass abgeben kann für die wirkliche Schuld, so ist es ebenso untauglich zur Bestimmung der Grenze, wo die fingirte anfangen soll; denn weder macht es für die Lage des Beklagten einen Unterschied, noch gewährt es dem Richter eine Erleichterung, wenn man diesem die Frage so stellt: Du hast zu untersuchen, nicht ob Jenem *culpa (levissima)* vorzuwerfen, sondern ob ihm *culpa (levis)* anzufingiren sei. Immer wird er sich, und zwar vergeblich, nach einem festen Massbegriff umsehen (nach einer jener verspotteten „Schablonen"), durch dessen wohlerwogene Handhabung an dem Stoff des vorliegenden Falles er ein bestimmtes Ja oder Nein gewinne auf die ihm in dieser oder jener Fassung gestellte obige Frage, und zwar eine solche Antwort, welche nicht nur ihn subjectiv befriedigt, sondern objective

[24]) Goldschmidt, a. a. O. XVI, S. 528 (ähnlich Baron, Arch. für civ. Pr. 52, S. 45), Wyss, Die Haftung für fremde *culpa*, S. 60, 83; Grünhut, l. c. S. 123; auch S. 125: „*V. m.* nennt man die befreiende Thatsache, für deren Folgen der Frachtführer nicht einzustehen hat, weil weder eine wirkliche, noch eine fingirte *culpa* vorliegt." Hingegen scheint Randa doch Haftung für *culpa levissima* anzunehmen, wie seine oben angeführte Formel ergibt: „Erhöhung der gewöhnlichen Diligenz", „ausserordentliche Sorgfalt"; es ist derselbe Gedanke, den z B. Vinnius so ausdrückt: *Igitur is qui recipit praestat medium aliquid inter culpam et casum fortuitum; atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent, quam culpam levissimam. (Comm. ad Inst. III, 25, §. 5.)*

Bürgschaften der Richtigkeit mit sich führt. Denn er ist nun einmal Richter, und so liegt es ihm im Blut, zu „richten“, d. h. die bunten Erscheinungen der Welt nach einem formalen, also abstracten Mass, das er an die Dinge heranbringt, zu messen, um danach ihre Uebereinstimmung oder Abweichung von seinem „Richtscheit“, d. i. ihre Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit, zu beurtheilen. Nur unsicher und widerstrebend, am liebsten aber gar nicht, wird er einer Theorie folgen, die ihn aus den winkelrecht gebauten Hallen des Rechtes, seinem eigentlichen Berufskreis, heraus in die romantische Wildniss der Billigkeit führen will, wo sie ihn alsdann gegenüber der „Individualität des concreten Falles“ mit seinem „vernünftigen Ermessen“ allein lässt.

Der schliessliche Ausgang aus diesem Dilemma pflegt — Zeuge dessen ist die überwiegende Mehrzahl aller mir bekannt gewordenen deutschen Obergerichtsurtheile, welche auf die jetzt herrschende Theorie gebaut sind — folgender zu sein: Man sieht sich den vorliegenden Fall nochmals darauf an, ob darin kein genügender Anhaltspunkt für die Annahme eines (wirklichen, nicht fingirten) Verschuldens des Frachtführers oder seiner Leute gegeben sei; findet man eine Schuld, so wird der Unternehmer verurtheilt, wo nicht, so war das Ereigniss *vis major*. „*Inter culpam et casum fortuitum nihil est medium.*“ Damit ist der Richter seinem natürlichen Zug nach Handhabung objectiver Massstäbe gefolgt; er hat das gewöhnliche Normalmass für die Lösung der Schuldfrage angewendet, weil es das einzig brauchbare ist. Er hat aber auch, wie gleich gezeigt werden wird, den wahren Sinn der ihn leitenden Lehrmeinung richtig erfasst; ob auch den des Gesetzes, das er anwenden soll, mag zunächst noch auf sich beruhen.

V.

In der That kommt die hier besprochene Theorie mit ihrer schon nach dem Ausspruch ihres Begründers „nur unerheblich strengeren Haftung“ theoretisch nahezu völlig, praktisch genommen aber ganz und gar auf die gewöhnliche Haftung des Frachtführers *ex locato* hinaus. Es erhellt das

allerdings erst dann, wenn man einerseits von dem in gehäuften Superlativen sich bewegenden Wortlaut ihrer Formeln absehend, blos auf deren praktisch wirksamen Inhalt achtet, und andererseits eine mehrfach vorkommende irrige Vorstellung über den Umfang jener gemeinen Haftung *ex locato* richtig stellt.

Ueberblickt man nämlich die auf Grundlage dieser Theorie in den letzten Decennien gefällten deutschen Urtheile, wie sie u. A. Eger l. c. S. 240—253 in grosser Zahl zusammengestellt hat, und nimmt man dazu die von den oben angeführten Schriftstellern zur Veranschaulichung der Theorie beispielsweise getroffenen Entscheidungen, so ergibt sich, dass überall nicht ein Ausnahmsmassstab, von irgend welchem Ausnahmsmenschen hergenommen, thatsächlich angewendet wird, obwohl jene theoretischen Superlative in den Entscheidungsgründen vielfach wiederkehren, sondern dass man in Wirklichkeit von der jeweils in Betracht stehenden Unternehmung alle Vorsichten und alle Vorkehrungen fordert, die von einer untadelhaft tüchtigen Anstalt ihrer Art, nach Massgabe des heutigen Standes der technischen Hilfsmittel, aber auch mit Rücksicht auf das wirthschaftlich entsprechende Mass ihrer Anwendung im Verhältniss zum Zweck des Unternehmens und zur Wahrscheinlichkeit der zu bekämpfenden Gefahr, erwartet werden dürfen. So z. B. verwirft das R. O. H. G. die Berufung auf *v. m.* im Falle des Unterganges von Waaren durch einen Bahnhofbrand deshalb, weil die Unterbringung feuergefährlicher Sachen in nicht gewölbten Magazinen als Ausserachtlassung der „angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden äussersten Sorgfalt“ erscheine (Entsch. VIII, S. 27); so nimmt Goldschmidt Haftung auch für gewaltsame Diebstähle an, wenn der Schiffer „an einem Orte, wo notorisch viel gefährliches Gesindel sich umhertreibt, ohne Noth anlegt oder doch nicht für besonders starke Bewachung seines Fahrzeuges sorgt“; hingegen sei *v. m.* vorhanden, „wenn sich Stoffe entzünden, welche unrichtig declarirt waren, z. B. Schiesspulver; wenn im Wirthshause die Gasröhren platzen, wenn ein Dritter in irgend einem abgelegenen Winkel des Hauses seine noch glimmende Cigarre weggeworfen oder absichtlich Feuer angelegt hat“ (S. 113, 114). In Wahrheit sind

nun aber ersteres Fälle gemeiner Fahrlässigkeit *(culpa levis)* [25]), letzteres gewöhnlicher Zufall *(casus)*, und die Haftung, welche mit der obigen allgemeinen Formulirung dem Frachtführer thatsächlich auferlegt erscheint, ist die gemeine Haftung für *diligentia boni patris familias.* Das spricht Grünhut in seiner folgerichtigen Durchführung der Goldschmidt'schen Lehre eigentlich selbst schon aus: „der Frachtführer haftet nur für Verschulden" nach dem Massstabe „eines in seinem Geschäfte tüchtigen Frachtführers; er haftet für jede *imperitia, quippe ut artifex conduxit, L. 9,* §. 5 *D. loc.*" (S. 123). Allein, wenn er gleichwohl meint, dieser Masstab sei „nicht der allgemeine Massstab eines *bonus et diligens pater familias*, d. h. eines ordentlichen, dem guten Mittelschlag angehörenden Geschäftsmannes", vielmehr ein „besonderer", es sei hier „die sonst für das Privatrecht stereotype Figur des *bonus et diligens pater familias* verschwunden, an seine Stelle der mit gesteigerten Fähigkeiten ausgerüstete *artifex* getreten" — so liegt hier eine Verkennung der Natur des römischen Diligenzmassstabes, wie er seit der classischen Zeit gehandhabt wurde, zu Grunde. Ich berufe mich dafür, um nicht mit eigenen Erörterungen in's Weite zu gerathen, auf die Autorität der besten neueren Kenner des römischen Culparechtes. [26]) Ihnen zufolge haben wir „unter einem *diligens pater familias* einen Menschen zu verstehen, welcher den von ihm betriebenen Geschäften u. s. w. überhaupt Demjenigen, was er vornimmt, völlig gewachsen ist . . ." Es richtet sich daher „das Mass der Geschicklichkeit, Anstrengung, Vorsicht u. s. w., welches erfordert wird, . . . nach der Natur der Handlung, des Geschäftes, . . . überhaupt nach den im einzelnen Fall obwaltenden objectiven

---

[25]) Zu dem ersten Goldschmidt'schen Beispiel vgl. Wharton, *Law of negligence* (Philadelphia 1874) §. 125 „*a party can not excuse himself upon the plea of casus, where by his own negligence he has placed himself in a position which renders a collision unavoidable. He must exercise care and forsight to prevent reaching a point, from which he is unable to extricate himself.*" Das ist nicht vom Frachtführer gesagt, sondern von Jedermann, der überhaupt für Nachlässigkeit verantwortlich ist.

[26]) Mommsen, Beiträge z. Obl.-Rt. III, S. 361 ff. Hasse, die Culpa d. r. Rts., S. 92 ff. Pernice, *Labeo* II, S. 330, 336 ff. (Geschichte des Diligenzmassstabes). Die im Text folgenden Citate aus Mommsen, S. 364 und 365.

Momenten . . . Ein absolutes, für alle Fälle gleiches Mass lässt sich hier nicht feststellen; man kann vielmehr nur sagen: ein *diligens pater familias* wird dasjenige Mass der Kraftanstrengung und Vorsicht aufwenden, welches nach der Natur der Handlung u. s. w. unter den Umständen, unter welchen sie vorgenommen wird, abgesehen von dem Eintreten aussergewöhnlicher und nicht vorauszusehender Umstände, erfahrungsgemäss erforderlich ist, damit der Zweck erreicht, ein Schaden vermieden werde." Hienach versteht sich, dass das Mass von Vorsichten und Veranstaltungen, die der Beförderer einer Sache zu prästiren hat, damit er von *culpa* sich freihalte, ein sehr verschiedenes sein wird, je nachdem er ein gemeiner Lastträger, ein gewerbsmässiger Frachtfuhrmann oder eine Postanstalt ist, ohne dass darum eine dieser Personen für etwas Anderes haftet, als für gemeine Diligenz; es ist eben jeweils „das Mass der Geschicklichkeit, Anstrengung und Vorsicht, welches verlangt wird, ein grösseres oder geringeres, immer aber ist es dieselbe *diligentia,* nämlich die *diligentia* eines *diligens p. f.,* welche zur Frage steht." Die Wahrheit dieser Auffassung im Einzelnen aus den Quellen zu erweisen, haben längst Andere unternommen; ich will mich hier nur auf den Inhalt der von Grünhut selbst angezogenen *L. 9.* §. 5 *D. loc.* berufen: dort wird eben jene Haftung wegen *imperitia,* die das Besondere in der Haftung unseres Frachtführers sein soll, dem Viehmäster auferlegt und ferner Jedem, der fremde Sachen zur Reinigung oder Ausbesserung übernimmt; zum deutlichen Beweis, dass es eine Haftung ist, die nicht aus besonderen Ausnahmsgesetzen *(ex recepto)*, sondern aus den allgemeinen Normen über den Miethvertrag fliesst. „*Quod imperitia peccavit, culpam esse*" ist ein Satz, der gegen alle Leute gleichmässig zur Anwendung kommt, wenn sie eine Thätigkeit entgeltlich versprechen, deren Ausführung irgend welche technische Fertigkeit oder Ausrüstung erfordert *(quippe ut artifex conduxit),* es ist nicht eine Ausnahme, sondern eine Anwendung der Regel, dass der *conductor operis* (nur) für *diligentia boni p. f.* einzustehen habe. Denn jene „sonst für das Privatrecht stereotype Figur des *b. p. f.*" existirt nach Obigem gar nicht, weil es im wirklichen Falle niemals auf die Vergleichung mit einem „stereotypen"

sondern immer mit einem solchen *p. f.* ankommt, der sich in der Lebens- und Berufslage des jetzt in Rede stehenden Menschen befindet, und der ein Geschäft eben dieser Art, mit diesem Umfang, diesen Gefahren und diesen Betriebsmitteln führt.

Behält man das im Auge, so lässt sich ohne weitschichtige Erörterungen zeigen, dass die wenigen Versuche zu einer Neuformulirung unseres Begriffes, welche von hervorragenden deutschen Schriftstellern nach Goldschmidt und theilweise im Gegensatz zu diesem unternommen wurden, sowohl nach ihrem Grundgedanken, als nach ihrem praktischen Erfolg mit der obigen Lehre zusammenfallen.

So die Theorie Dernburg's[27]), welche dahin geht: wo unser Recht ausnahmsweise die Haftung bis zur höheren Gewalt aufstelle, handle es sich überall um ein fortgesetztes Gewerbe mit ständigen Einrichtungen; demgemäss sei ihr Sinn dieser: „wer das Gewerbe eines Wirthes, Frachtführers treibt, eine Eisenbahn in Betrieb hat, dem liegt mehr ob, als die Umsicht des ordentlichen Mannes; er soll dauernd die wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen treffen, um diejenigen, welche mit ihm contrahiren, oder auch Dritte, gegen Schaden zu sichern, falls er denselben vernünftigerweise voraussehen und ihm zweckmässigerweise begegnen konnte. Wer dies versäumt hat, der haftet wegen der Unvollkommenheit seiner Veranstaltungen, wenn ihm auch im gegebenen Fall kein Vorwurf gemacht werden kann." Hier bedarf es nur der Erinnerung daran, dass nach Obigem auch sonst schon jeder *conductor operis* wegen *culpa* verantwortlich wird, sobald feststeht, dass er in Ermangelung der durch sein Gewerbe geforderten Einrichtungen und Veranstaltungen die Sachen seines Kunden einen Schaden hat nehmen lassen, welchen er vernünftigerweise hätte voraussehen und zweckmässigerweise vermeiden können. Es ist alsdann ganz ausgeschlossen zu sagen, dass ihm „im gegebenen Falle kein Vorwurf gemacht werden kann;" es trifft ihn eben der Vorwurf, auf diesen Fall nicht so gerüstet gewesen zu sein, wie andere tüchtige Männer seines Faches gerüstet zu sein

---

[27]) Preuss. Privatrecht II, §. 69.

pflegen. Der Fall ist *culpa*, nicht einmal einfacher Casus, geschweige denn höhere Gewalt; solche Haftung also bedarf nicht eines Specialgesetzes, sie ist die gewöhnliche Haftung aus dem Verdingvertrag. Wollte man das bestreiten, so müsste man, da der Uhrmacher und der Arzt nur für *culpa*, nicht bis zur höheren Gewalt, haftbar sind, diese ersatzfrei erklären, wenn der Eine meine Uhr mit abgenützten schlechten Werkzeugen verderbt, der Andere meinen Körper durch eine mit unzulänglichen Instrumenten ausgeführte Operation beschädigt hat, vorausgesetzt nur, dass erhellt, es habe mit diesen Hilfsmitteln, wie sie eben waren, „im gegebenen Falle" nichts Besseres geleistet werden können. — Nach der Lehre Windscheid's wird in den vorliegenden Rechtsverhältnissen für „*custodia*", d. i. für „eine an und für sich über die Pflichten eines ordentlichen Mannes hinausgehende (?) specielle Beaufsichtigung und Bewachung" gehaftet und demzufolge „wegen aller Ereignisse, welche durch eine gesteigerte, persönliche Obhut und Fürsorge hätten abgewendet werden können." [28]) Sie bezeichnet sich selbst mit Recht als „im Wesentlichen übereinstimmend" mit Goldschmidt. Dasselbe gilt von der Formulirung Unger's: „sie übernehmen *recipiendo* das *periculum custodiae*, nicht das *periculum rei;* sie haften daher nicht für den Schaden, welcher ... nach den Umständen des Falles durch menschliche Vorsicht und Vorkehr nicht abgewendet werden konnte." [29]) — Bei Thöl endlich tritt es besonders scharf hervor, wie die jetzt herrschende Doctrin von dem richtigen Gefühl ausgeht, es müsse aus praktischen Gründen die Haftung der in Rede stehenden Unternehmungen weit ausgedehnt werden, wie sie aber, weil sie sich von dem Schuldprincip nicht losmachen kann, bei der Feststellung der Haftungsgrenze immer wieder auf Umschreibungen der *exactissima diligentia* hinauskommt. Thöl lässt den Frachtführer ersatzfrei sein, wenn der Unfall unter den vorhandenen massgebenden Umständen absolut unabwendbar war, oder dem absolut unabwendbaren nahe kommt; letzteres wird angenommen, „wo es ganz klar ist, dass ihn

---

[28]) Windscheid, Pand. II, §. 364, N. 6, §. 264, N. 9.

[29]) Diese Zeitschr. VIII, S. 246.

auch bei Anlegung des strengsten Massstabes, auch wenn man von ihm die alleräusserste Anstrengung verlangt, kein Vorwurf trifft . . . wo man sagen muss: darauf konnte er dennoch nicht gefasst sein; . . . der Unfall hätte allerdings abgewendet werden können, wenn man an einen solchen Fall gedacht hätte und die Mittel, um ihn abzuwenden, hätte daran wenden wollen, aber es war vom Frachtführer weder solche Voraussicht zu verlangen, . . . noch solche Rüstungen, dieser Aufwand von Kosten . . ." Und was bei dieser Abgrenzung der Haftung der massgebende Gedanke ist, tritt deutlich hervor, wenn Thöl zur Begründung seiner Gleichstellung der absolut und der nahezu unvermeidlichen Unfälle sagt: „Denn der Grund, weshalb er für den absolut unabwendbaren nicht einstehen soll, kann doch kein anderer sein als der, dass ihn hier kein Vorwurf treffen kann." [30])

Nach alledem darf ich den wesentlichen Inhalt der gegenwärtig in unserer Frage herrschenden Lehre damit wiedergeben: sie fällt mit der in der Glosse approbirten von den Franzosen festgehaltenen Lehre zusammen, sowohl im theoretischen Fundament, als im praktischen Erfolg. Ihr Fundament ist der Gedanke, keine Haftung ohne Schuld und kein Schuldbeweis ohne Würdigung des individuellen Falles. Ihr thatsächliches Ergebniss ist Haftung des Recipienten für alle verständigerweise von ihm zu erwartenden Vorsichten (für *culpa levissima* nach der Glosse, identisch mit *culpa levis* nach unserer verbesserten Auffassung des Schuldmasses). Allenfalls resultirt aus den soeben vorgeführten neueren Erörterungen des Gegenstandes für unsere Richter die Anweisung, bei der Untersuchung der Schuldfrage eher strenger als milder zu verfahren [31]). Das ist ein nützlicher Wink, aber kein Rechtssatz, namentlich kein *jus singulare*. Ein solches besteht mithin auf unserem Gebiete praktisch nicht; der Frachtführer u. s. w. haftet materiell nach denselben Rechtsnormen, wie jeder *conductor operis*, insbesondere

---

[30]) Thöl, Hrt. III, S. 40, 41.

[31]) Nach Anleitung von Pardessus II, p. 624: „*il faut qu'un examen attentif des circonstances apprenne si, en remplissant avec scrupule leurs obligations, le voiturier qui allègue la force majeure n'aurait pas put s'y soustraire ou la prévenir.*"

also nicht für Zufälle, ohne weiteren Unterschied derselben. Wenn das R. O. H. G. sagt: „Höhere Gewalt ist ein unter den gegebenen Umständen auch durch die äusserste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende, Sorgfalt weder abzuwehrendes, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereigniss,“ [32]) so definirt es damit den Casus überhaupt, nicht eine besondere Art desselben; denn kein Werkunternehmer irgendwelcher Kategorie bleibt ersatzfrei, wenn er es an dieser „den Umständen angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt“ hat fehlen lassen. Mit Einem Wort also, es gibt dieser Lehre zu Folge nach heutigem Recht einen besonderen Inhalt der Haftung *ex recepto* nicht [33]), daher auch der Begriff der „höheren Gewalt“ einen besonderen Inhalt nicht hat; die Haftung des Frachtführers u. s. w. ist diejenige *ex locato*, d. i. bis zum Casus, welcher hier *vis major* genannt wird und immer dann vorliegt, wenn die (eindringende und strenge) Würdigung des individuellen Falles dem Richter kein Verschulden erkennen lässt. Haftung aus dem Gesichtspunkte der Schuld, und Feststellung ihrer Grenze durch richterliches Ermessen von Fall zu Fall, sind die beiden Angelpunkte der Lehre.

VI.

Man mag nun immerhin diesen Inhalt der rechtlichen Gebundenheit der Frachtführer, Wirthe, Eisenbahnen als zweckmässig und genügend empfehlen, indem man ein prak-

---

[32]) Entsch. v. 4. Mai 1871 (Bd. II, S. 247) unter ausdrücklicher Berufung auf Goldschmidt, Koch, Kraewel, Wolff, Hahn.

[33]) Eben dieselbe Auffassung des Inhalts der herrschenden Lehre hat der Amerikaner Wharton aus der deutschen Literatur gewonnen; er führt als die auf unserem Continent jetzt angenommene Ansicht unter Berufung auf deutsche Compendien ganz einfach an: „*a comon carrier's duty as to goods as well as to persons, in cases of casus, is simply that of a good business man in his particular department.*“ Für das römische Recht (nicht für das seinige) folgt er der heutigen deutschen Auslegung des Edictes und erklärt es demgemäss für einen leeren Wortstreit („*a question merely verbal*“), ob dasselbe blos auf See- oder auch auf Landfrächter zu beziehen sei, da ja „*to all matters of casus the carrier of goods must exercise the diligentia of a bonus et diligens paterfamilias.*“ (A. a. O. §. 552, 550.)

tisches Bedürfniss nach weiter gehender, auf anderer Grundlage ruhender Haftung bestreitet oder verkennt. Allein man wird sich dabei der Einsicht nicht verschliessen dürfen, dass man hiemit den positiven Rechtsätzen, welche derzeit die Haftungslast jener Personen normiren, entgegen arbeitet, dass diesen Rechtssätzen eine ganz andere praktische Tendenz innewohnt, als die ist, welche in der Anwendung unter den Händen der eben dargestellten Doctrin zur Verwirklichung kommt.

Zur Begründung zunächst des negativen Theiles dieser Behauptung — dass jene Rechtsnormen die ihnen von unserer Theorie gegebene Richtung mindestens ursprünglich nicht haben — verweise ich in erster Linie auf den Wortlaut des prätorischen Edictes. Dasselbe spricht die absolute und unbedingte Haftung des Schiffers für unversehrte Ablieferung der übernommenen Güter aus: *Nautae, quod receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.* Dieses *judicium* war bekanntlich *in factum* gestellt; der Geschworene hatte nichts zu untersuchen und nichts zu berücksichtigen, als die beiden Thatsachen: Aufnahme des Gutes, Ablieferung. Fand er die erste bewiesen, die zweite ausgeblieben, so musste er auf Ersatz erkennen. Dabei gab es keine Schuldfrage und keine Würdigung des concreten Falles; wie und warum der Schiffer in die Lage gekommen war, das Frachtgut nicht abzuliefern, blieb gleichgiltig. Einen so exorbitanten Rechtssatz kann man nicht damit zurechtlegen, dass man sagt, der Prätor habe eigentlich nur in den betreffenden Fällen die dem römischen Recht sonst unbekannte Haftung des Unternehmers für das Verschulden seiner Leute aufstellen wollen; denn, ist auch diese Haftung damit inbegriffen und mag sie auch von der hervorragendsten Wichtigkeit gewesen sein, so erschöpft sie doch nicht entfernt den Inhalt des Satzes; und man müsste den alten Prätoren eine nicht geringe, durch unsere Ueberlieferung leicht zu widerlegende, Unbehilflichkeit in der Edictsfassung zumuthen, wenn man voraussetzen wollte, sie hätten jene Haftung für das Geschäftspersonal, welche sie eigentlich beabsichtigten, nicht besser zum Ausdruck bringen können, als durch jene Klausel, die das Kind mit dem Bad ausschüttet. Und doch galt der Rechtssatz in seiner ganzen Strenge durch eine,

wir wissen nicht wie lange, Reihe von Generationen [34]) bis in das Zeitalter des Tiberius herab, wo dann auf die Autorität Labeo's hin die Prätoren sich veranlasst fanden, in besonderen Fällen eine Ausnahme von der bis dahin schlechthin ausnahmslosen Haftung des Schiffers eintreten zu lassen. Wie man auch über den Zweck der Regel und den Sinn der nachträglichen Ausnahme denken mag, das streitet doch gegen alle historische Wahrscheinlichkeit, dass die Neuerung Labeo's einen so völligen Umsturz des alten Frachtrechtes bedeutet habe, wie sich nach obiger Lehre ergeben würde: bisher ganz absolute Haftung des Frachtführers ohne jede Rücksicht auf die Umstände des besonderen Falles — jetzt aber Haftung nur für „sorgsamste Obhut" nach richterlichem Ermessen unter genauester Abwägung aller Verhältnisse des individuellen Falles. Das historisch Wahrscheinliche, auch wenn es nicht bezeugt wäre [35]), ist vielmehr, dass der Schiffer und Wirth, den das Edict (gleichgiltig aus welchem Grunde) gesetzlich zum Versicherer für alle Unfälle gemacht hatte, auch nach jener labeonischen Correctur noch Versicherer blieb, jedoch nicht mehr für alle möglichen Unfälle; dass somit auch nachher für das richterliche Arbitrium kein Spielraum vorhanden, sondern blos weiterhin noch zu untersuchen war, ob der vom Beklagten etwa eingewendete und vom Prätor als solcher anerkannte Ausnahmsunfall thatsächlich eingetreten sei. [36]) Die Tendenz des römischen Gesetzes, nach wie vor

[34]) Nach den Vermuthungen, die Dernburg „über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edictes" S. 110 ff. aufgestellt hat, wäre die Entstehung unserer Satzung spätestens in das sechste Jahrhundert der Stadt zu setzen.

[35]) Doch sagt ja Ulpian zweihundert Jahre nach Labeo ganz ausdrücklich: *omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit (L. 3, §. 1, D. h. t.)* wie aber trotzdem die herrschende Doctrin mit ihrer Haftung blos für jene „Zufälle", welche durch äusserste Vorsicht abwendbar sind, in der That auf das Gegentheil hinausläuft, ist oben gezeigt worden.

[36]) Ich nehme nämlich an, dass im classischen Process der mit *a° de recepto* Beklagte, falls er auf Befreiung wegen *damnum fatale* Anspruch machte, schon *in jure* den angeblichen Unfall darlegen musste, um *exceptio* zu erlangen, und dass diese nicht etwa auf das Vorhandensein von *damnum fatale, vis major* u. dgl. im Allgemeinen, sondern auf den behaupteten besonderen Unfall *in factum* concipirt war (z. B. *nisi per vim piratarum [res] perierunt)*. Das erscheint wahrscheinlich, weil nach dem Wortlaut der Hauptstelle *(L. 3,*

Labeo, geht also nicht auf irgendwelche Verfeinerung der Schuldfrage in unseren Fällen, sondern auf die Ausschliessung derselben.

---

§. 1. D. h. t. Inde Labeo scribit etc.) die *exceptio* ursprünglich gewiss nicht für eine abstracte Kategorie von Fällen, sondern von Fall zu Fall billigkeitshalber ertheilt wurde, und weil auch noch zu Ulpian's Zeit *vis m.*, *damnum fatale* etc. nicht technische Ausdrücke waren, was sie hätten sein müssen, wenn sie Formelelemente gewesen oder geworden wären, in welchem Falle es in unseren Quellen sicherlich nicht an einer authentischen Interpretation darüber fehlen würde, was unter dem Exceptionsterminus „*v. m.*" zu verstehen sei. (Ganz unmöglich wäre die gegentheilige Annahme bei der Voraussetzung, *v. m.* bedeute, wie man heute will, einen für den Beklagten trotz höchster Diligenz unvermeidlichen Zufall; denn alsdann wäre kaum jemals eine *actio de recepto* ohne *exceptio vis majoris* in das *judicium* gegangen, da bekanntlich in solchen Fällen fast immer der Beklagte meint, eine solche Unvermeidlichkeit behaupten zu können). — War nun dem so, wie es hienach wohl angenommen werden darf, so gehörte in Rom die Aufgabe, zwischen höherer Gewalt und gewöhnlichem Zufall zu unterscheiden, nicht zum *officium judicis*, sondern stand beim Prätor. In seinem Consilium wird man, so oft ein *de recepto* Beklagter einen Unfall namhaft machte, dessen Eintritt seiner Meinung nach die Befreiung *ope exceptionis* rechtfertigen sollte, darüber berathschlagt haben, ob das behauptete Ereigniss angebrachtermassen geeignet sei, um daraufhin eine *exceptio in factum* zu formuliren; dabei mögen ursprünglich die verschiedensten Billigkeitsmomente in Betracht gezogen sein, mit der Zeit aber muss sich auch hierüber eine feste prätorische Amtspraxis gebildet haben, welche die Jurisprudenz späterhin zu formuliren versuchte, indem sie sagte: wenn der vorgebrachte Unfall sich als ein *damnum fatale*, *vis major*, θεοῦ βία darstellt, dann ertheilt der Prätor eine diesen Fall (z. B. Schiffbruch) betreffende *exceptio*. An praktischen Anhaltspunkten für diese Begriffsbildung hat es schon in alter Zeit nicht gefehlt; zum J. 538 d. St. erzählt Livius (23, 49), der damalige Prätor habe bei Verdingung der Lieferungen für das spanische Heer auf besonderes Begehren den Conductoren zusichern müssen *ut quae in naves imposuissent ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent;* also Staatsversicherung gegen höhere Gewalt. Was hier durch die besondere Gefahr des Unternehmens nach der Zeitlage gerechtfertigt erschien, mag später für gewisse Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Privaten typisch geworden sein. In Bezug auf Heereslieferungen kommt das Gleiche schon vier Jahre später bei Livius (25, 3, 10; zum J. 542) wieder vor; bezeugt ist es ferner für die Praxis des Senates gegenüber den Publikanen, welche nach Polyb. VI, 17, 5 ihrer Verpflichtung enthoben werden können το παράπαν ἀδονάτου τινὸς συμβάντος, womit doch wohl nur öffentliche Calamitäten gemeint sein können; ebenso für die censorischen Verpachtungen durch *Cic. de prov. consul. 5, 12: qui frui publico non potuit per hostem, hic tegitur ipsa lege censoria*, womit zu vergleichen, was unten noch über die Bedeutung unseres Begriffes im Pachtverhältniss überhaupt zu sagen sein

Diesen Sinn hatte denn auch die ältere gemeinrechtliche Doctrin in jenen römischen Rechtssätzen gefunden. Der Frachtführer haftet ihr zu Folge für jedes Verschulden, bei casuellem Untergang des Gutes aber kommt es darauf an, ob der Zufall in die Categorie der „höheren Gewalt" gehört, oder nicht; letzterenfalls haftet er auch, natürlich nicht wegen Verschulden, sondern *ex lege*, wie ein Versicherer.[37] Dadurch entfällt überhaupt die Veranlassung, nach einem Verschulden zu fragen, da Beklagter bei einfachem Zufall nicht minder haftet, als bei Verschulden; und somit beschränkt sich die Cognition des Richters darauf, zu beurtheilen, ob: 1. das vom Beklagten behauptete Ereigniss seiner Art nach (objectiv betrachtet) als „höhere Gewalt" sich darstellt, und ob 2. dasselbe wirklich eingetreten sei. Bejaht er beide Fragen, so ist der Recipient freizusprechen, sonst zu verurtheilen; eine Untersuchung der Schuldfrage kommt in dem ganzen Verhältniss regelmässig gar nicht vor. — Nicht anders betrachten noch heute die Engländer und Amerikaner den Inhalt der Haftung des Frachtführers nach *common law*, indem sie diesen für alle Fälle, die nicht *act of God or of public enemy* sind, einfach als Waarenversicherer von Rechtswegen bezeichnen. „*By Anglo-American law common carriers are insurers of goods.*"[38]

---

wird. Man sieht also, Labeo hat den Gedanken jener *exceptio* nicht eigentlich geschaffen, sondern nur in das Rechtsverhältniss zum *nauta* und *caupo* übertragen, was anderweitig schon vorhanden war. — Für die dogmatische Auffassung aber ergibt sich aus diesem historischen Sachverhalt ein Wahrscheinlichkeitsargument im Sinne der älteren gemeinrechtlichen Lehre. Denn ob das Behauptete „höhere Gewalt" sei oder nicht, das konnte, wenn es der Prätor *in jure* zu beurtheilen hatte, nur nach objectiven Kriterien, nach der äusseren Physiognomie des Falles beurtheilt werden, da über alle concreten Besonderheiten desselben, und namentlich über das Mass der dabei vom Beklagten geleisteten Diligenz dem Prätor kein Material vorlag, auch vor ihm nicht der Ort war, dergleichen zu behandeln. Der heutige Richter nun vereinigt in sich die Functionen des Prätors und des Geschwornen: er hat also, wo ein Unfall vom Recipienten einredeweise vorgeschützt ist, zuerst und bevor er auf die Einzelheiten des concreten Falles einzugehen bemüssigt ist, sich die präjudicirliche Frage vorzulegen, ob der behauptete Fall an sich von der Art sei, dass er den römischen Prätor zur Ertheilung einer *exceptio* veranlasst haben würde.

[37]) Siehe z. B. das Citat aus Glück oben in Note 11.

[38]) Wharton l. c. §. 552.

„A common carrier (is) a sort of insurer . . . he is in that capacity liable in any event, except the act of God or the Queens enemies, . . . is not an insurer after the goods have arrived at their destination. He then becomes liable only where negligence is shown.“ [39])

Es ist klar, dass der Gesichtspunkt der Versicherung den der Verschuldung schlechterdings ausschliesst. Daher tritt der wesentliche Gegensatz zwischen jener älteren, von den Anglo-Amerikanern festgehaltenen, Auffassung der gemeinrechtlichen Haftungsnorm und der heutigen deutschen Auslegung der identischen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches am schärfsten daran hervor, dass letztere die Haftung des Frachtführers da aufhören lässt, wo sie anfangen würde, die Natur einer Versicherung zu tragen. Während sonst die praktische Tendenz des gemeinen Rechtssatzes im Einklang mit seiner geschichtlich bezeugten ursprünglichen Fassung gerade darin erblickt wurde, den Recipienten innerhalb gewisser Fallgrenzen als Versicherer haften zu lassen, lehrt jetzt Hahn (Com. z. H. G. B. a. 395): es könne „nicht angenommen werden, dass der Frachtführer als solcher auch die Gefahr solcher Ereignisse übernimmt, ... hinsichtlich deren er als reiner Versicherer dastehen würde.“

Und doch will es scheinen, als habe eine solche Tendenz, wie sie bei der Schöpfung des prätorischen Urbildes gewaltet hat und wie sie in der englisch-amerikanischen Rechtsanwendung bis heute lebendig ist, auch bei der Aufnahme jener vielbesprochenen Sätze in das deutsche Handelsgesetzbuch nicht blos mitgewirkt, sondern den Ausschlag gegeben. Bekanntlich war von massgebender Seite beantragt, die gemeinrechtlichen Haftungsgrundsätze *ex recepto* in das Gesetzbuch nicht aufzunehmen, da mit der allgemeinen vertragsmässigen Verpflichtung zur Diligenz eines ordentlichen Geschäftsmannes auch dem Frachtführer gegenüber für den Verkehr genügend gesorgt sei. Hiergegen aber erhob sich Widerspruch, insbesondere aus der Mitte der dem Kaufmannsstande angehörigen Mitglieder der Gesetzgebungscommission. „Bei Weitem der grössere Theil der Herren Abgeordneten, und namentlich die Mitglieder vom Kaufmannsstande, sprachen sich jedoch für das strengere System aus, nach welchem von dem Fuhrmanne

---

[39]) Smith l. c. p. 103, 104.

und Flussschiffer, ebenso wie von dem Seeschiffer die volle Haftung aus dem *receptum* zu tragen sei. Diese Ansicht habe bereits an sehr vielen Orten praktische Geltung erlangt und sei auch hinreichend gerechtfertigt. Der Grund, warum im gemeinen Rechte die so weit gehende Haftung aus dem *receptum* statuirt worden, liege nämlich nicht in einer Rücksicht auf Schiff und Geschirr, sondern in einem Misstrauen gegen die betreffenden Personen und in dem Umstande, dass man kein Mittel habe, ihre Thätigkeit und Sorgfalt zu controliren" (Prot. S. 794). Dass man unter der „vollen Haftung aus dem *receptum*" die Zufallshaftung im Sinne der älteren gemeinrechtlichen Doctrin und nicht etwa die bis zur Verflüchtigung verfeinerte neue Lehre verstanden habe, ist ausser Zweifel. „Man erachtete es für selbstverständlich, dass *ex recepto* für den Zufall, Fälle höherer Gewalt ausgenommen, eingestanden werde;" vgl. Prot. S. 793, 801 ff.[40]) Diese strengere Willensmeinung behielt die Oberhand: „man müsse die Untersuchung darüber abschneiden, ob der Frachtführer die nöthige Sorgfalt aufgewendet habe, oder ob ihn ein Verschulden treffe, und dürfe den Frachtführer mit einem Beweise darüber gar nicht hören," daher feststellen, „dass der Frachtführer jeden nicht als *v. m.* sich darstellenden Casus, also z. B. Diebstahl, tragen müsse" (Prot. S. 4696). In diesem Sinne wurde die Einstellung des lateinischen Ausdruckes *vis major* in den Text des Art. 395, als Parenthese zu den Worten „durch höhere Gewalt", beschlossen. Eine Definition des Begriffes wurde nicht versucht, „nur soviel wurde als ausgemacht angesehen, dass auch die Anwendung der grössten Sorgfalt, sogar die eines *diligentissimus pater familias,* nicht hinreichend sei, um die Existenz einer entschuldigenden *v. m.* zu begründen." [41]) — Kann man dies Alles anders verstehen, als dahin,

[40]) Grünhut, a. a. O. S. 120. Vgl. auch Prot. S. 2286 ff.: In der Seerechtscommission wurde der Fall aufgestellt, dass verladener Thee durch die Nachbarschaft einer Chemikalienkiste mit falsch declarirtem Inhalt inficirt war; dabei mag feststehen, „dass weder den Schiffer, noch seine Mannschaft irgend ein Verschulden trifft. Der Kaufmann, meinte man, habe in einem solchen Falle unbezweifelt ein Recht gegen den Schiffer aus dem *receptum* auf Ersatz seines Schadens."

[41]) Grünhut, S. 121, Andererseits nahm man (mit Recht, wie sich unten zeigen wird) an, dass ein echter Fall höherer Gewalt nicht nothwendig

dass auch bei Abfassung unseres Handelsgesetzbuches der Gesetzgeberwille darauf gerichtet war, dem Frachtführer einen Theil der Transportgefahr aufzubürden, ihn also innerhalb gewisser Grenzen zum Versicherer zu machen? Dann aber ist auch klar, dass die heute herrschende Lehrmeinung, welche ihrem Grundgedanken und ihrem praktischen Ergebnisse nach jene von den Gesetzgebern mit Vorbedacht abgelehnte mildere Haftungsnorm thatsächlich restituirt, den wahren Inhalt des Gesetzes nicht wiedergibt.

VII.

Es drängt uns also Alles zurück auf den Standpunkt der älteren Lehre. Das will sagen, auf den der heutigen deutschen (und französischen) Auffassung der in Rede stehenden Rechtssätze durchaus zuwiderlaufenden Grundgedanken: es liege in denselben eine gesetzlich statuirte Zwangsversicherung zu Lasten bestimmter Kategorien von Unternehmungen für alle Unfälle, welche innerhalb gewisser Zeiträume an Gütern oder Personen sich ereignen, mit alleiniger Ausnahme einer ganz besonderen Art von Unfällen; der Rechtsgrund ihrer Haftung wäre darnach nicht das Verschulden, weder im gemeinen Sinne, noch in irgendwelchem verdünnten Grad, noch auch ein vermuthetes oder fingirtes Verschulden; der Umfang der Haftung aber müsste sich, wie bei jeder Versicherungshaftung, durch eine objectiv fixirte Grenzlinie bestimmen, also durch Merkmale, an welchen vorweg erkannt werden kann, ob der behauptete Unfall seiner Art nach unter die Regel oder unter die Ausnahme falle, ohne dass es dafür einer Würdigung der Individualität des einzelnen Ereignisses bedarf, wenn nur sein Artcharakter gegeben ist. Worin diese Merkmale bestehen und wie sie eventuell zu definiren wären, bleibt dem Haupt-

absolut unabwendbar sein müsse, um die befreiende Wirkung zu haben. Deshalb wurde gleichzeitig beschlossen, das Wort „unabwendbare“ vor „höhere Gewalt“ aus dem Texte zu streichen. Ein Umstand, welcher in der Literatur mit Unrecht zu Gunsten der herrschenden Lehre geltend gemacht ist (W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen, II, S. 27, Eger, a. a. O. S. 236); nur soviel ist wahr, dass man nicht in der Unabwendbarkeit das Kriterium der *vis major* hat erblicken wollen.

problem gegenüber einstweilen eine Frage zweiten Ranges; denn vor Allem handelt es sich darum, für die Regel das Princip zu finden, aus diesem erst kann auch die Ausnahme die richtige Beleuchtung erhalten.

Die Schwäche jener älteren Theorie, deren Spuren wieder aufzunehmen wir durch die obigen Betrachtungen angewiesen sind, lag, wie bemerkt, in dem Mangel an einer principiellen Begründung für die quellenmässig angenommene Zufallshaftung der Schiffer und Wirthe. Eine Lehre, die auf die Frage nach dem Warum eines so exorbitanten Rechtsatzes immer wieder nur die schwächliche Antwort von dem schlechten Ruf vorbrachte, welchen „*hoc genus hominum*“ zu Ulpian's Zeiten genoss, konnte sich dauernd nicht halten; wenigstens nicht bei uns Deutschen; anders bei unseren Vettern angelsächsischen Stammes, die weniger rationalistisch, aber praktischer als wir und hierin den Römern ähnlich, es wohl über sich bringen, traditionelle Rechtssätze auch ohne Ausweis über ihre Ratio festzuhalten, erstlich schon weil sie existiren, und sodann, weil der praktische Instinct es fühlt, dass ein verständiger Grund wohl darin stecken müsse, wenn eine Verkehrsnorm so viele Jahrhunderte erlebt und ihr Anwendungsgebiet bei zunehmendem Verkehr sich stetig erweitert hat. Also die Frage nach dem Zweck jener altrömischen Satzung und ihrer modernen Abkömmlinge ist es, auf die wir vor Allem gestossen werden; nicht nur durch unser historisches und theoretisches Interesse, sondern ganz unmittelbar zum Behufe der Lösung der praktischen Fragen unseres Stoffes. Denn der Zweck ist ja nicht nur „der Schöpfer des Rechts“ (wie einer jeden anderen vernünftigen menschlichen Einrichtung), er ist auch, und zwar in Ermangelung anderer Erkenntnissmomente, sehr oft allein unser Erklärer des Rechtes, des Inhaltes wie des Masses seiner Normen. Weiss ich erst, oder kann ich durch plausible Vermuthungen wahrscheinlich machen, was die römischen Prätoren mit ihrem Edict wegen der *nautae caupones* praktisch beabsichtigt haben, kenne ich also den Zweck der Regel, dann weiss ich auch, wohin die spätere Ausnahme zielt, was demgemäss ihr Sinn sein kann; immer blos vorausgesetzt — eine gegenüber der organischen Natur römischer Rechtsfortbildung durchaus zulässige Voraussetzung — dass die Ausnahme den

Zweck der Regel nicht beeinträchtigen sollte und wollte, sondern unbeschadet dieses Zweckes damit vereinbarliche Ziele verfolgt. Es versteht sich, dass je nach der Antwort, die man auf diese Hauptfrage erhält, die weitere Frage entsteht oder entfällt: ob die den römischen Rechtssätzen zu Grunde liegenden Zwecke und praktischen Bedürfnisse auch heute noch fortbestehen, ob etwa andere an ihre Stelle getreten sind, oder ob jene Sätze in Ermangelung lebendigen Inhaltes gleich den fossilen Panzern längst verwester Thierleiber heute blos Antiquitätswerth besitzen?

Für uns werden letztere Fragen entfallen. Denn es soll hier versucht werden, den legislativen Grund jener Sätze in Verhältnissen von so allgemeiner Natur und Verbreitung nachzuweisen, dass deren Fortbestand, ja deren Steigerung, unter den Bedingungen des heutigen grossen Verkehrs keinem Zweifel begegnen wird. In der eigenthümlichen Nothlage nämlich, welche in Folge gewisser factisch regelmässig wiederkehrender Umstände für Jeden aus dem Publikum, nicht hinsichtlich seines Rechtes, wohl aber hinsichtlich der Durchführung desselben sich ergibt, so oft er wegen Aufbewahrung oder Transport seiner Güter mit einer vielgliederig organisirten Unternehmung sich eingelassen hat. Es entstehen da Schwierigkeiten des Beweises, die das gute Recht des Einzelnen in so zahlreichen Fällen ersticken würden, dass nur eine durchgreifende Aenderung des materiellen Rechtes helfen kann. Diese Aenderung enthalten die Sonderrechtssätze über die Haftung *ex recepto,* sowohl in ihrer römischen als in der erweiterten heutigen Anwendung. Da die Beweisschwierigkeiten, welche ich im Auge habe, von eigenthümlicher Art sind und sich schon ihren Gründen nach von denjenigen unterscheiden, die z. B. oft den Eigenthumsbeweis so dornenvoll und den Vaterschaftsbeweis fast unmöglich gestalten, wird es nöthig sein, etwas ausführlicher auf die Sache einzugehen.

Es ist eine landläufige Wahrheit, dass unsere Rechte in ihrer praktischen Verwirklichung von der Beweisbarkeit der Thatsachen abhängig sind, auf welchen ihr Ursprung und Fortbestand beruht. Ich kann die schönsten Rechte haben und bleibe doch, wenn ich den Beweis jener Thatsachen nicht aufbringen kann, auf den guten Willen des Verpflichteten

gestellt, d. h. habe ein wirksames Recht nicht; je schwieriger der Beweis, um so problematischer das Recht. Die Gründe (wie die Grade) der Schwierigkeit sind von unendlicher Mannigfaltigkeit; sie können, subjectiv, in persönlichen Umständen des Berechtigten, oder objectiv, in der Beschaffenheit der Beweismittel oder der beweisbedürftigen Thatsachen gelegen sein. So etwa in der zeitlichen Entlegenheit der letzteren, wie so oft beim Beweis des Servitutenerwerbes, oder darin, dass sie ihrer besonderen Natur nach der Beobachtung und Feststellung sich zu entziehen pflegen, wie beim Beweis der Abstammung. Muss es nun auch als Regel dabei bleiben, dass der Mangel oder Verlust des Beweismittels vom Berechtigten als Unglück zu tragen ist, so hat es doch von Alters her an gesetzlichen Palliativen nicht gefehlt, um in bestimmten Fallgruppen, wo solche Berücksichtigung aus guten Gründen geboten schien, dem präsumtiv Berechtigten unter die Arme zu greifen. Dahin zielen nicht blos gewisse processrechtliche Erleichterungen (Schätzungseid u. a.), sondern auch Satzungen des materiellen Rechtes; zu letzteren gehören neben der Ersitzung, der Publiciana und Anderem auch die civilrechtlichen Präsumtionen, indem diese ein bestimmtes Mass von Wahrscheinlichkeit der Wahrheit rechtlich gleichsetzen in besonderen Fällen, wo die Beschaffung der Beweismittel für die behauptete Thatsache auf Schwierigkeiten zu stossen pflegt, an welchen der Gesetzgeber das Recht nicht will scheitern lassen. Aber es gibt noch andere nicht minder erhebliche Beweisschwierigkeiten, als die Sorge um die Mittel zum Beweis der behaupteten Thatsachen: die Sorge um die zu behauptenden Thatsachen selber. Das erleben wir täglich, wenn uns durch die Schuld eines unbekannten und unerforschbaren Thäters ein Schaden zugefügt wird; indessen auch wo der Urheber bekannt und zur Verantwortung gezogen ist, sehen wir die Durchführbarkeit unseres Anspruches oft genug dadurch ausgeschlossen, dass wir die *in concreto* entscheidende Thatsachenreihe in ihrer Vollständigkeit und wirklichen Folge nicht in Erfahrung bringen; hätten wir von den Thatsachen nur Kenntniss, so würde ihre gerichtsordnungsmässige Feststellung wohl gelingen; es fehlt nicht an den Mitteln zum Beweis, sondern am Stoff zur Behauptung. Nehmen wir ein alltägliches Beispiel.

In einem geschlossenen Miethwagen fahrend, erhalte ich plötzlich einen Stoss, finde mich auf der Strasse, den Wagen zerschellt, meinen Koffer zerschlagen. Mehr von dem Sachverhalt weiss ich nicht; der auf Ersatz belangte Kutscher legt denselben so dar: Eine durch eine Seitengasse für ihn nicht sichtbar heranziehende Militärcolonne schwenkte plötzlich in nächster Nähe seiner Pferde in unsere Strasse ein und begann im gleichen Moment einen Trommelwirbel, dadurch scheuten die Pferde und warfen den Wagen um. Alles dieses nun ist wahr, wird bewiesen, und darnach kann der Richter nicht anders, als auf Zufall und Freisprechung erkennen. Aber gleichwohl ist es nicht die ganze Wahrheit, sondern nur ein dem Beklagten günstiger Ausschnitt derselben, der als Ganzes nur erscheint durch den Mangel der unterdrückten Stücke, welche beizubringen der Kläger nicht in der Lage ist. Hätte dieser auf dem Bock des Wagens gesessen anstatt im Innern des Kastens, so vermöchte er die obigen, übrigens wahren, Thatsachen etwa noch durch folgende zu ergänzen, die leicht zu beweisen wären, wenn er sie wahrgenommen hätte: dass der Kutscher im kritischen Momente auf der belebtesten Hauptstrasse nicht vor sich gesehen, sondern mit umgedrehtem Körper zu einem hinter ihm fahrenden Kameraden gesprochen habe, dass die Deichsel des Wagens an jenem Tag durch eine Nothschraube schlecht befestigt war, dass die morschen Zügel im Augenblicke des erforderlichen scharfen Anzuges rissen und so alle Lenkung unmöglich wurde u. dgl. m. Kein Zweifel, dass diese und ähnliche Wahrnehmungen, denen des Kutschers hinzugefügt und wie diese bewiesen, den klägerischen Anspruch als einen begründeten hätten erscheinen lassen.

So werden Jahr für Jahr zahlreiche wohlerworbene Rechte, besonders in Schadenersatzfällen, im Wege Rechtens vernichtet; eben weil es bei den complicirten Thatbeständen, von welchen solche Ansprüche zumeist abhängen, sehr leicht sich trifft, dass zufällig nur die eine Partei in der Lage ist, die Einzelheiten des Sachverhaltes genauer zu kennen und die ihr günstigen Momente daraus an's Licht zu ziehen. Dagegen lässt sich auch mit den besten Gesetzen und Richtern nicht aufkommen, es liegt an der Unvollkommenheit

aller menschlichen Dinge, zu denen eben auch die Rechtspflege gehört.

Muss man sich nun auch für das Rechtsleben im Grossen und Allgemeinen hiebei beruhigen, so steht doch die Sache ganz anders gegenüber einzelnen besonderen Verkehrserscheinungen; bei solchen Falltypen nämlich, deren thatsächlicher Inhalt es sozusagen kraft Naturnothwendigkeit mit sich bringt, dass jenes soeben besprochene Missverhältniss in der Lage beider Parteien gegenüber dem relevanten Thatsachenmaterial stets wiederkehren muss, und zwar stets zu Gunsten des Beschädigers, also zu Lasten des Geschädigten. Da tritt allerdings an die Gesetzgebung die Aufforderung heran, sich zu besinnen, ob nicht ihrerseits eine Abhilfe zu schaffen sei, wie solche gegenüber anderen Beweisnothständen durch processualische oder materiellrechtliche Sonderbestimmungen geschaffen wurde. Freilich wird, schon wegen des zweischneidigen Charakters der hier in Betracht kommenden Remeduren, nicht daran gedacht werden, solche allgemein und überall eintreten zu lassen, wo jener sie provocirende Sachverhalt vorzuliegen scheint; wenn aber bei diesem oder jenem Verkehrsverhältniss der gedachten Art seiner besonderen praktischen Wichtigkeit wegen jene Uebelstände sich besonders schreiend aufdrängen, muss etwas geschehen. Und der römische Prätor mit seiner *viva vox juris civilis* war gerade der rechte Mann, es zu thun. Unter seinen Edicten ist das *„de his qui effuderint vel dejecerint“* geradezu typisch sowohl für die Natur der Fallgruppen, die wir im Auge haben, als für die Art des legislatorischen Eingriffs.

Wenn ich auf offener Strasse unvermuthet durch ein aus dem Fenster eines Hauses geworfenes oder gefallenes Object verletzt bin, so liegt es auf der Hand, wie ganz unzugänglich in aller Regel die Thatbestandsmomente für mich bleiben, die zur Begründung eines ordentlichen Ersatzanspruches gehören; höchstens aus welchem Fenster der Wurf gekommen ist, werde ich feststellen können, nicht aber aus wessen Hand und noch weniger, ob durch Zufall oder Verschulden; denn etwaige Versuche, zum Zwecke solcher Feststellung sofort oder später im Hause Nachforschungen anzustellen, pflegen aus naheliegenden Gründen erfolglos zu sein. Mithin bin ich

rechtlos, sofern das allgemeine Schadenersatzrecht in Betracht kommt. Da hat nun der Prätor bekanntlich ein sehr einfaches Auskunftsmittel getroffen, das auch wir in unsere Gesetzbücher übernommen haben, indem er statuirte: solchenfalls haftet der Inhaber der betreffenden Wohnung auf Schadenersatz, und zwar schlechthin, mag die Beschädigung von wem immer, mag sie schuldhaft oder zufällig zugefügt sein;[42]) also der Wirkung nach eine gesetzliche Unfallsversicherung. Nur eine solche durchschlagende Norm konnte dem Publikum hier wirksamen Rechtsschutz bringen; die Aufstellung einer Schuldpräsumtion gegen den Wohnungsinhaber hätte nicht genügt, da der Gegenbeweis allzuleicht, und sodann wiederum die Ausforschung des wirklichen Thäters dem Kläger obläge, während der Beklagte allein in der Lage ist, diesen zu finden und zum Rückersatz heranzuziehen. Freilich aber konnte sich der Prätor nicht verhehlt haben, dass seine Norm ein zweischneidiges Schwert ist, dass sie zuweilen wohl den Unschuldigen treffen mag, wenn der beklagte Wohnungsinhaber selbst schuldlos und ausser Stande ist, vom Schuldigen den Ersatz zu erhalten, oder wirklich ein reiner Zufall vorlag. Indessen das musste man in den Kauf nehmen gegen die *publica utilitas* der ganzen Einrichtung, die doch offenbar im Ganzen den Verkehr schützt, sowohl durch die Ertheilung praktikabler Ersatzansprüche, als durch den darin enthaltenen Antrieb für alle Miethherren, ihre Fenster und ihre Leute in Ordnung zu halten. Den einzelnen Unglücklichen, der sich etwa beklagen wollte, von dem Gesetz unschuldiger- und unbilligerweise betroffen zu sein, würde der Römer (weniger billigkeitsempfindsam, als wir zu sein pflegen) darauf hingewiesen haben, dass wohl auch er künftig, falls ihm einmal etwas auf den Kopf fallen sollte, den Vortheil begreifen werde, Thäter und Schuld nicht beweisen zu müssen, und dass er immerhin einstweilen schon die Wohlthaten des Gesetzes in Gestalt erhöhter Sicherheit des Strassenverkehrs mitgeniesse.

Innerlich verwandt mit dem soeben besprochenen Rechtssatz, weil im Grunde auf denselben rechtspolitischen

---

[42]) *L. 1. D. de his qui effud.* (9, 3); das Edict bestand schon gegen Ende der Republik: L. 5, §. 1, h. t. Trebatius.

Momenten beruhend, ist ferner die singuläre gesetzliche Haftung der römischen Speicherherren *(horrearii)* für unversehrte Rückstellung der ihrem Lagerhaus anvertrauten Güter. Das Halten öffentlicher Speicherhallen war bekanntlich eine beliebte Unternehmung römischer Capitalisten und deren Benützung nicht nur zur zeitweiligen Ablagerung von Waarenmassen, sondern auch zu sicherer Verwahrung von Kostbarkeiten aller Art weithin im römischen Publikum verbreitet;[43]) wir haben uns also die *horrea* als gross angelegte Anstalten mit weitschichtigen Räumlichkeiten und zahlreichem Personal, als eine Combination unserer Lagerhäuser und Depositenanstalten, vorzustellen. Da ist es nun vorweg klar, dass der Einzelne, der seine Güter einem solchen complicirten Organismus anvertraut hat, weiterhin ganz ausser Stande ist, zu controliren, was mit denselben geschieht, und folgeweise, wenn die Sachen nachher verschwinden oder beschädigt heraus kommen, hinsichtlich des für die Schuldfrage erheblichen Thatsachenmaterials in ähnlicher Lage sich befindet, wie der obige Strassengänger, dem auf unbekannte Art, von unbekannter Hand durch einen Wurf oder Fall das Kleid beschädigt wurde. Freilich befindet er sich gegen diesen doch noch im Vortheil vermöge der hier anders liegenden Beweislast, da nicht er das Verschulden, sondern der Gegner als Contrahent den Zufall zu beweisen hätte (eine Differenz, deren Werth unten näher zu würdigen sein wird); aber immerhin bleibt es doch wahr, dass in solchen Fällen regelmässig nur dem Beklagten die betreffende Thatsachenreihe mit allen ihren Einzelheiten zugänglich ist, so dass er daraus die ihm günstigen Momente beliebig herausgreifen und geltend machen kann, während andererseits der Mann aus dem Publikum hilflos dasteht, weil er nichts weiss und somit auch nichts zu entgegnen hat. Dieses natürliche Missverhältniss erschien den Römern, angesichts der damit verbundenen Gefahr von Missbräuchen und bei der grossen praktischen Rolle des Speicherwesens, dringend genug, um die Sicherheit des mit solchen Anstalten verkehrenden Publikums durch einen Specialrechtssatz zu gewährleisten, der

---

[43]) Nachweisungen bei Baron, Arch. f. c. Pr. 52, S. 47. *L. 3, §. 2, D. de off. pr. vig. (1, 15) . . . in horreis, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt.*

wiederum auf obligatorische Versicherung hinausläuft. Der *horrearius* haftet, als Regel, für die Unfälle, welche die bei ihm erliegenden Güter treffen, ohne Rücksicht auf Schuld oder Zufall. Die Ausnahme — welche auch hier auf *vis major* lautet — kann zunächst ausser Betracht bleiben; keinesfalls beeinträchtigt sie die Natur der regelmässigen Haftung als einer Zufallshaftung, denn „von Diligenz, welche die Abwendung der Gefahr ermöglichte, ist hier nicht die Rede".[44])

VIII.

Nach alledem nun dürfte hinreichend ersichtlich sein, welchen praktischen Sinn wir auch in der römischen Haftungsnorm *ex recepto* erblicken, und zugleich, dass sie, in diesem Zusammenhange betrachtet, nicht allein stand. In der That liegt ja der oben geschilderte Beweisnothstand und damit die Veranlassung zu dem analogen legislativen Eingriff in den hierhergehörigen Fällen offen zu Tage. Wie soll der Reisende, der des Abends bei der Ankunft seinen Koffer einem Hausknecht übergeben und ihn andern Tags bei der Weiterreise zerschlagen oder durchnässt wiederbekommen hat, durch das Labyrinth der Hôtelmaschine hindurch dem Thäter und den Thatsachen nachgehen? Und wer sein Gut dem Seefrächter übergeben hat, sieht es im Bauch des Schiffes verschwinden, wo es dem Getriebe eines unbekannten und uncontrolirbaren Mechanismus verfällt, um nach so und so vielen Umladungen und anderweitigen Manipulationen, die, wie die Führung des Schiffes selbst, ihre besonderen Gefahren haben und ihre besonderen Vorsichten fordern, im Bestimmungshafen heil oder beschädigt anzulangen. Vollends aber hat der heutige Frachtwie Personenverkehr durch das Institut der Eisenbahnen eine Ausbildung erfahren, der zufolge ein in seinem Ineinandergreifen

[44]) Pernice, Labeo, II, S. 350. Die Hauptstelle ist *L. 1. C. de locato (4, 65) Dominus horreorum periculum vis majoris, vel effracturae latronum, conductori praestare non cogitur. His cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet (Caracalla)*; dass der Rechtssatz schon zu Anfang der Kaiserzeit bestand, ergibt sich aus *L. 60, §. 9, D. locati (19, 2)* von Labeo.

für den Aussenstehenden völlig unübersehbares Getriebe von menschlichen und sachlichen Kräften die einzelne Transportleistung und so auch die etwaige Verletzung producirt. Ueberall würde der einzelne beschädigte Contrahent, wollte er die Thatsachenreihe aufdecken und verfolgen, die schliesslich in die Beschädigung auslief, bei den allermeisten wirklichen Fällen wie vor einer Mauer stehen, ausser Stande in das Dickicht der verschlungenen Causalitätsbeziehungen einzudringen und den Weg zu beleuchten, der so oft von einem kleinen, sei es verschuldeten oder unverschuldeten, Umstand aus durch hundert Mittelglieder zum schädigenden Unfall führt.

Allerdings braucht er das nicht; es ist nicht seine, sondern des Gegners Pflicht, den Sachverhalt aufzuklären. Das ist ein Einwurf gegen die Richtung unseres Gedankenganges, der vor Allem erledigt sein will. Man hat ihn zwar weder in alter noch in neuer Zeit gegen die Satzung des Prätors erhoben, der er gleicherweise entgegensteht, wohl aber ist bei der Berathung unseres Handelsgesetzbuches von den Gegnern der strengen Haftung des Frachtführers damit argumentirt worden. Unerträglich, meinte man damals, wäre es freilich, dem Aufgeber der Waare den Beweis schuldhafter Verletzung derselben aufbürden zu wollen; das aber sei schon durch den allgemeinen Rechtssatz, wonach jeder Schuldner die unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung zu beweisen hat, und hier zudem noch durch den besonderen Wortlaut des Gesetzes (A. 395) ausgeschlossen. Mithin liege eine Beweisschwierigkeit nicht vor: der auf Ersatz Klagende hat gar nichts zu beweisen, als den Abschluss des Frachtvertrages, und kann nur abgewiesen werden, wenn der Frachtführer entweder die ordentliche Erfüllung oder aber solche Thatsachen nachweist (die also auch er auszuforschen hat), welche geeignet sind, den Richter von dem Nichtvorhandensein einer Schuld, als von dem casuellen Charakter des Unfalles zu überzeugen.

Diesem gegenüber ist nun freilich zuzugeben, dass das Publikum noch sehr viel schlechter daran wäre bei jener juristisch ganz verwerflichen, in gar keinem Vertragsverhältnisse zulässigen Beweislastvertheilung, — aber man irrt mit der Annahme, es sei ihm durch die richtige Beweisregulirung wesentlich geholfen; man unterschätzt dabei die Schwere der den Be-

klagten treffenden Last und überschätzt die praktische Bedeutung, welche in dergleichen Fällen der Beweislastvertheilung überhaupt und zumal auf dem Boden der freien richterlichen Beweiswürdigung zukommt. Sehen wir, wie z. B. in Ersatzprocessen nach einem Eisenbahnunglück ganz regelmässig das Beweisverfahren sich vorbereitet und abspielt. Bevor es zum Processe kommt, wird der Unternehmer selbst den Thatbestand feststellen lassen und über die Ursachen des Unfalles seine Untersuchung führen. Er geht dabei von der möglichst umfassenden Beobachtung aller Einzelheiten des schädigenden Hauptactes (Entgleisung, Zugzusammenstoss, Maschinenexplosion, Bahnhofbrand) aus, sucht zuerst die nächste Veranlassung desselben und sodann weiterhin deren Gründe bis zur letzten erkennbaren Ursache hinauf klarzulegen. Wer es versucht hat, einer solchen Causalitätskette, wie sie im Innern eines vielgliedrigen technischen Organismus verläuft, prüfend nachzugehen, wird die Schwierigkeiten erfahren haben und die Wahrscheinlichkeit eines reinen Ergebnisses nicht allzuhoch anschlagen: vorerst liegt es in der Natur der Dinge, dass an manchem Punkte der Zusammenhang zweifelhaft bleibt, dass die Möglichkeiten sich gabeln, wo denn, je nachdem man dem einen oder dem andern Zweig des Kreuzweges folgt, die Untersuchung nach ganz verschiedenen Regionen gelenkt wird; natürlich und menschlich ist es nun, dass an solchen Punkten, wo es eben unmöglich ist, bis auf den letzten Rest Alles aufzuklären, der Untersuchende unwillkürlich geneigt sein muss, die dem guten Rufe des ganzen Unternehmens günstigere Alternative zu bevorzugen, indem er unter den sich darbietenden Suppositionen eine solche sich aneignet, welche die Ausmündung der ganzen Ursachenreihe in das grosse Reich des Zufalls zur Folge hat. Dabei sehe ich von jeglicher *mala fides* ab, setze vielmehr den redlichen Ernst voraus, die Wahrheit festzustellen; aber wenn man nicht gewiss weiss, durch welche von mehreren Ursachen ein Unfall herbeigeführt ist, erscheint die Annahme billig und gestattet, dass es durch die unschuldigere Ursache geschehen sei. Endlich aber ist nicht zu vergessen, dass der redlich Untersuchende nicht mit den Objecten und Thatsachen allein es zu thun hat; er steht in den meisten Fällen einem grossen Personal von Unter-

gebenen, nicht selten einem Heer von subalternen Hilfspersonen gegenüber, die Alle das gemeinsame Interesse haben, dass irgend eine Erklärung für das Ereigniss gefunden werde, welche die Unternehmung und damit auch sie entlastet; diese sind, wie die Erfahrung lehrt, nur zu beflissen, jene natürliche Tendenz des untersuchenden Directors zu unterstützen, wenn nicht durch falsche Angaben, so doch durch Verschweigung solcher Momente, welche geeignet wären, die Untersuchung auf einen unliebsamen Punkt hinzulenken; Umstände aber, die er nicht sieht, kann er auch nicht mit in Rechnung ziehen, und man weiss, wie oft eine an sich wenig wahrscheinliche Annahme nur dadurch plausibel wird, dass keine andere Möglichkeit neben ihr ersichtlich ist.

So schliesst die Privatuntersuchung ab, und ihr Ergebniss ist es, was sodann im Civilprocesse als Entlastungsbeweis dem Richter vorgelegt wird. Man sieht, der ganze Thatsachencomplex tritt da schon in einer präparirten Gestalt auf. Eine ganz bestimmte Reihe von Thatsachen wird dem Richter zur Kenntniss gebracht, welche nach der Ueberzeugung des Beklagten die Ursachenkette zu dem Schadensfall darstellt; jede dieser Thatsachen wird als wirklich eingetreten nachgewiesen und überdies wird die technische Möglichkeit des behaupteten Zusammenhanges — dass dieser Umstand in Verbindung mit jenem allerdings diese bestimmte Folge wohl erzeugen könne — durch die Gutachten Sachverständiger erhärtet. Von anderen Umständen und Möglichkeiten, als den vom Beklagten dargelegten, erfährt der Richter nichts, er hat auch keine Inquisitionsbefugnisse, um solche aufzubringen, noch technische Erfahrungen, um sie zu vermuthen. Der Kläger aber, an dem es wäre, in der Form des Gegenbeweises darzulegen, wie Das übersehen und Jenes verschwiegen sei, wonach sich eine ganz andere Thatsachenfolge als die wirklich ursächliche ergebe, während die vom Kläger angeführten Momente, obwohl wahr, vorliegendenfalls den ausschlaggebenden Einfluss nicht geübt haben können, weil dies und das einer solchen Annahme widerstreite, — weiss selber von alledem nichts und hat auch in aller Regel nicht die Möglichkeit, die ihm günstigen Thatbestandsmomente mit einiger Aussicht auf Erfolg ausforschen zu lassen; er würde dabei an den oben

schon geschilderten Schwierigkeiten um so gewisser scheitern, je ausgedehnter und verwickelter der Mechanismus der ihm gegenüberstehenden Unternehmung ist, und je tiefer in ihr Getriebe hinein der zu suchende Causalitätsfaden verläuft. Mithin bleibt das vom Beklagten entworfene Bild des Sachverhaltes die massgebende Grundlage der richterlichen Entscheidung. — Wir haben also, trotz jener schon durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze gebotenen günstigen Beweislastvertheilung, dennoch den obigen Beweisnothstand, und als Folge desselben das leidige Ergebniss, dass ohne specielle gesetzliche Abhilfe der Einzelne aus dem Publikum bei den meisten und allergewöhnlichsten Betriebsunfällen rechtlos ausgehen würde, vermöge der factischen und immer wiederkehrenden Beweisübermacht seines vielköpfigen und wohlorganisirten Gegners.

Die so geforderte specielle gesetzliche Abhilfe nun besteht in der singulären Haftung *ex recepto*. Ihr Sinn kann demnach kein anderer sein, als der oben schon bezeichnete: Ueberwälzung der Sachgefahr *(periculum rei)* auf den Recipienten, aus Gründen der *publica utilitas*, zum Zwecke der Herstellung eines wirksamen Rechtsschutzes für das Publikum. Nur jene durchschlagende Haftungsnorm konnte diesen Schutz schaffen; eine einfache Schuldpräsumtion wäre hier natürlich ohne Sinn, da die Beweislast ohnehin beim Beklagten steht, eine Steigerung seiner Haftung über gemeine Diligenz hinaus ohne Nutzen, da der erbrachte Beweis eines Zufalles ihn auch dann freimachen würde; bleibt also nur die gesetzliche Eliminirung der Schuldfrage durch Aufstellung der absoluten Haftbarkeit des Unternehmers.

Das wollten die Römer, nicht nur laut dem kategorischen Tenor des Edictes, sondern auch noch in classischer Zeit, denn Paullus sagt: *nautae furti actio competit, cujus sit periculo,* und Ulpian: *...si res...perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere. (L. 4, pr., L. 3, pr. D. nautae, 4, 9.)* Eben das wollte man, wie oben gezeigt wurde, auch bei Feststellung der betreffenden Normen unseres Handelsgesetzbuches; dass aber dabei auch der soeben dargelegte Zusammenhang mit der Beweisfrage deutlich gefühlt wurde, ergibt sich aus einer bemerkenswerthen Stelle der Protokolle

(S. 4695 ff.), wo ein Mitglied der Mehrheit zu Gunsten der schliesslich angenommenen Bestimmung des A. 395 bemerkt: „Fehle es an dieser Bestimmung, so setze man den Absender in die Lage, entweder auf jede Gegenbeweisführung zu verzichten, oder den Beweis führen zu müssen, dass doch da oder dort etwas seitens des Frachtführers versäumt worden sei u. dgl. In eine solche Lage dürfe der Absender aber nicht gebracht werden, da es ihm unmöglich sei, dem Frachtgute zu folgen, das Verfahren des Frachtführers von Moment zu Moment bei Tag und Nacht zu controliren und sich derjenigen Thatsachen und Beweismittel zu versichern, welche geeignet erscheinen, um einen derartigen Gegenbeweis gegen die Beweisführung des Frachtführers zu liefern. Unter solchen Umständen müsse man nothwendig die Untersuchung darüber abschneiden, ob der Frachtführer die nöthige Sorgfalt aufgewendet habe u. s. w.“ Das heisst doch — und dahin können wir das Ergebniss unserer bisherigen Ausführungen zusammenfassen — der Zweck jener Haftungsnorm ist, die Schuldfrage aus dem Rechtsstreit zwischen Aufgeber und Uebernehmer auszuschliessen, und der Grund dieser Ausschliessung liegt in der regelmässigen Unzugänglichkeit des Beweismaterials für den Beschädigten: weil im Grossen und Ganzen ein treues Bild des concreten Sachverhaltes hier überhaupt nicht erhältlich ist, soll der concrete Sachverhalt gar nicht in Betracht kommen bei der Entscheidung, wer den Schaden trägt; es ist würdiger und gerechter, dass der Richter über die Schuldfrage gar nicht urtheilt, als dass er auf einseitige Vorlagen hin urtheilen muss. Darum also, und weil in der überwiegenden Mehrzahl der hierher gehörigen Fälle allerdings irgend ein Verschulden der mit dem Gut befassten Unternehmung das Wahrscheinlichere zu sein pflegt, und weil endlich die Sicherheit des Verkehres es erheischt, so weisen wir den Richter (als Regel) an, blos die Thatsache der Beschädigung festzustellen und hiernach ohne Weiteres den Beklagten zum Ersatz zu verurtheilen.

Was das soeben berührte Moment der Wahrscheinlichkeit anlangt, so ist wohl kein Zweifel, dass es als legislatorisches Motiv bei der Entstehung unseres Rechtssatzes mitgespielt hat; gerade weil das an sich, (wie die Erfahrung lehrt)

4*

Wahrscheinlichere regelmässig das Unbeweisbare ist, fordert die Noth des Verkehres gesetzliche Hilfe. Aber dieses Moment bleibt doch immer nur Gesetzesmotiv (auch wenn es ausdrücklich im Gesetze enthalten sein sollte), und bildet niemals eine thatsächliche Voraussetzung seiner Anwendung; ein Gegenbeweis gegen eine sogenannte „legislatorische Vermuthung“ findet nicht statt, denn die gesetzliche Regel gilt, sei es auch, weil der Gesetzgeber etwas für wahrscheinlich hielt, doch keineswegs nur dort, wo es wahrscheinlich ist, sondern für alle Fälle, die das Gesetz begreift;[45]) auch für solche, wo ausnahmsweise einmal die höchste Wahrscheinlichkeit für das Gegentheil des Vermutheten spricht, oder wo dieses Gegentheil sogar gewiss ist. Darum liegt die einzig mögliche Abhilfe gegen missliche Wirkungen solcher Gesetze in entsprechender Einschränkung ihres Inhalts, also in der Aufstellung gesetzlicher Ausnahmsnormen neben der Regel.

Das führt uns von dem bisher allein erörterten Princip unserer Regel von selbst zur Betrachtung der Ausnahme.

---

[45]) Ueber das Wesen der legislatorischen Präsumtion s. Burkhard, Die civilistischen Präsumtionen, S. 166, 173 ff. „Es bildet hier die Annahme eines Umstandes nicht den Inhalt eines Rechtssatzes, es wird nicht bestimmt, dass ein Umstand ohne Beweis angenommen werden solle, sondern es wird, weil ein Umstand als wahr angenommen wird, ein materieller Rechtssatz aufgestellt... In allen diesen Fällen kann von einem Beweis, dass es sich anders verhalte, nicht die Rede sein, eben weil die Annahme, dass es sich so verhalte, lediglich das Motiv für die Aufstellung des Rechtssatzes gewesen ist und dieses Motiv gegenüber dem einmal bestehenden Rechtssatz gar nicht in Betracht kommt ... Auch der Umstand, dass die Vermuthung im Gesetze als Grund angegeben wird, oder dass gar die rechtliche Bestimmung selbst im Gewand der Vermuthung auftritt, .. ändert an diesen Grundsätzen nichts.“ — Der zuletzt erwähnte Fall trifft bei dem österreichischen Eisenbahnhaftpflichtgesetz ein, welches seine Hauptnorm, die absolute Haftung für Schadenersatz aus Personenverletzungen, in die „stets“ platzgreifende Vermuthung eines Verschuldens der Unternehmung einkleidet (§. 1; s. oben Abschn. I); darin spricht sich das oben hervorgehobene Wahrscheinlichkeitsmoment deutlich genug aus. Vom Standpunkte der Gesetzgebungstechnik ist diese Fassung freilich mit Recht getadelt (Randa, a. a. O. S. 23), denn Motive gehören nicht in den Gesetzestext und überdies ist hier die Wahrscheinlichkeit gar nicht das Hauptmotiv. Uebrigens ist der Fehler praktisch unschädlich, da nach §. 2 des Gesetzes kein Zweifel aufkommen kann, dass jene „Vermuthung“ keineswegs durch den Beweis der Schuldlosigkeit *(Casus)* widerlegt werden kann, sondern dass nur der Beweis höherer Gewalt (oder eines unabwendbaren Eingriffes Dritter, oder eigener Schuld der Beschädigten) befreit.

IX.

Es bedarf nach allem Obigen keiner weiteren Ausführung darüber, dass die absolute Haftungsnorm des Edictes je zuweilen *in concreto* zu offenbarer Unbilligkeit ausschlägt; aber auch, dass solche unliebsame Einzelwirkungen eines im Allgemeinen nützlichen Rechtssatzes als nothwendige Uebel mit in den Kauf genommen werden müssen, — insofern es nicht gelingt, sie abzuwenden oder doch in engere Grenzen einzuschliessen, ohne damit zugleich der wohlthätig durchschlagenden Kraft der Hauptnorm Abbruch zu thun. Ob und wie das möglich sei, ist eine Frage, die sich von Alters her jedem denkenden Juristen aufdrängen musste, so oft durch die gesetzlich nothwendige Verurtheilung des Recipienten in einem Falle, wo doch nach der klaren Sachlage an irgendwelches Verschulden desselben gar nicht zu denken war, sein Billigkeitsgefühl verletzt wurde. Der Widerspruch zwischen der Wirkung des Gesetzes und seiner *ratio* ist solchenfalls zu empfindlich, da ja nicht die pure Versicherungshaftung um ihrer selbst willen in der Absicht des Gesetzes liegt, diese Haftung vielmehr den Zweck hat, den Schuldigen immer und sicher zu treffen, nicht aber auf den Unschuldigen, welcher durch den Unfall am Eigenen schon schwer getroffen sein mag, noch weitere Lasten zu häufen. So ist es, wenn ein überwältigender Seesturm den Untergang des Schiffes und damit zugleich den Verlust der Ladung verursacht hat: da ist in aller Regel der Gedanke an Fahrlässigkeit ausgeschlossen; es liegt in der Natur der Dinge, dass Schiffer und Mannschaft schon um ihrer eigenen Rettung willen das irgend Mögliche werden gethan haben; es hat keinen Sinn, hier die Schuldfrage aufzuwerfen, geschweige denn, sie unbesehens zu bejahen, und die Haftungsnorm des Edictes, die das letztere stillschweigend thut, erscheint hier als grelle Unbilligkeit. Da hat nun Labeo eingegriffen (der ja auch sonst *ingenii qualitate et fiducia doctrinae plurima innovare instituit),* indem er den Prätoren seiner Zeit den Rath gab, solchenfalls, und ebenso bei Vergewaltigung des Schiffes durch Piratenhände, den beklagten Schiffer mittels einer besonders *in factum* abgefassten *exceptio* von der Haftung *ex recepto* ausnahmsweise frei zu stellen.

Spätere Juristen haben, seinem Beispiel folgend, auch in anderen ähnlichen Fällen, die sie im Allgemeinen als *damna fatalia*, *vis major* bezeichnen, den Prätoren die gleiche Anweisung gegeben. Damit war freilich die oben gestellte Frage — wie, unbeschadet der heilsamen Kraft der Edictsnorm, eine der Billigkeit genügende Ausnahmsnorm zu schaffen sei — nicht eigentlich legislatorisch gelöst; denn es blieb bei dem prätorischen Eingreifen von Fall zu Fall, wobei der Prätor jeweils souverän die Frage erwog und entschied, ob nach der Beschaffenheit des behaupteten besonderen Unfalls das Palliativ anzubringen sei oder nicht. Der Billigkeitsgedanke, welcher in der Ertheilung der *exceptio* sich ausspricht, lag noch in flüssigem Zustande. Ihn abstract zu formuliren und dadurch zum Aequitäts-Rechtssatz zu verdichten war kein Bedürfniss, so lange die prätorische Rechtspflege und eine lebendige Jurisprudenz vorhanden war; später aber hat es wohl hier, wie an manchem andern Punkte, an der gestaltenden Kraft gefehlt; man liess es bei den classischen Beispielen bewenden und vertraute den Richtern die analoge Anwendung. So kommt es, dass das *Corpus juris* uns auf dem vorliegenden Punkte zwar einen Rechtsgedanken, aber keinen geformten Rechtsbegriff überliefert. Diesen aus jenem zu entwickeln, ist eben unsere Aufgabe.

Das Princip der Ausnahme von der Haftpflicht *ex recepto* und damit die grundsätzliche Lösung der Aufgabe ergibt sich durch einfache Folgerungen aus dem, was wir oben als das Princip der Regel erkannt haben. Ist es richtig, dass die Regel aufgestellt ist, um im Interesse des Verkehrs einen regelmässig auftretenden Beweisnothstand durch Eliminirung der Schuldfrage zu beseitigen, und zwar durchaus zu Lasten des Recipienten, weil im Allgemeinen die Wahrscheinlichkeit gegen ihn und die Wahrheit nicht (mit genügender Sicherheit) feststellbar ist — so kann der Raum für vernünftige Ausnahmen nur dort sein, wo es nach der Gestaltung des Falles ausnahmsweise keinen Beweisnothstand gibt und zugleich alle Wahrscheinlichkeit zu Gunsten des Beklagten steht, d. i. wo der casuelle Charakter des Unfalles *prima facie* evident ist. Demnach wäre der bei Ertheilung der *exceptio* jeweils massgebende Gedanke der gewesen: der vom Be-

klagten behauptete Unfall ist seiner Art nach so beschaffen, dass er, seinen wirklichen Eintritt als bewiesen vorausgesetzt, die Entlastung vom Schuldverdacht schon in sich selber trägt, und über seine Existenz oder Nichtexistenz können Beweisschwierigkeiten nicht auftauchen, da das Behauptete ein grosses greifbares offenes Ereigniss ist, das sich ebensowenig fingiren als vertuschen lässt. Mithin liegt hier eine Verwicklung nicht vor, die das Gesetz zerhauen muss, weil der Richter sie gerecht zu lösen ausser Stande wäre, darum entfällt der Grund des Gesetzes und darum setzen wir dasselbe hier ausnahmsweise ausser Wirksamkeit. Liquidität des Sachverhaltes zu Gunsten des Recipienten ist also das Princip der auf „höhere Gewalt“ sich stützenden Einrede. Und dieses steht nicht nur nicht im Widerspruch, sondern im besten Einklang mit dem Princip der Hauptnorm. Denn auch ob der Ausnahmesatz Platz greift, bestimmt sich nicht durch das Schuldmoment, sondern nach äusserlichen Merkmalen des Thatbestandes; bei deren Vorhandensein kehrt sich die Wirkung um: während gegenüber der allergrössten Mehrzahl aller Thatsachen-Combinationen, durch welche Güter zerstört beschädigt oder verloren werden, es dabei bleibt, dass ohne Untersuchung der Schuldfrage und des concreten Sachverhaltes der Recipient zum Ersatz verhalten wird, anerkennt das Recht nunmehr auch die Möglichkeit von Ausnahmsunfällen, die so geartet sind, dass ihr erwiesener Eintritt — wieder zunächst ohne Untersuchung der Schuldfrage und des Herganges im Einzelnen — *prima facie* die Befreiung von der Ersatzpflicht zur Folge haben soll.

Welcher Art diese Ausnahmsfälle sein müssen, ist im Obigen freilich erst nur ganz im Allgemeinen angedeutet. Aber indem wir den juristischen Gedanken erfasst zu haben glauben, auf welchem ihre Aussonderung aus der Unzahl der alltäglichen Unfälle beruht, besitzen wir die Handhabe zur methodischen Feststellung des Begriffes; was *vis major* im technischen Sinne sei, ist noch nicht bestimmt, aber bestimmbar geworden. Es wird sich weiterhin darum handeln, aus jenem Princip heraus die Eigenschaften zu entwickeln, welche ein Ereigniss haben muss, damit es, dem obigen Grundgedanken entsprechend, geeignet sei, die Anwendung der Ausnahms-

norm zu rechtfertigen. Indessen eröffnet das Bisherige bereits einen so deutlichen Ausblick auf die Ergebnisse, zu welchen wir auf dem eingeschlagenen Wege gelangen müssen, dass es schon hier möglich ist, ihr Verhältniss zur herrschenden Meinung und ihre eventuelle Rückwirkung auf die Praxis zu übersehen.

Für uns kann die Frage, ob *in concreto* gewöhnlicher Zufall oder höhere Gewalt vorliege, keine Schuldfrage sein, denn diese soll ja grundsätzlich und regelmässig ausgeschlossen bleiben in dem einen wie in dem andern Falle. Damit entfällt für den Richter jede Veranlassung, in das Verhältniss einzudringen, welches zwischen den einzelnen Momenten des individuellen Thatbestandes und dem persönlichen Verhalten des Beklagten (und seiner Leute) stattgefunden hat. Mit dem individuellen Fall hat der Richter sich überhaupt nur ganz äusserlich, nämlich so weit zu beschäftigen, als das nöthig erscheint, um zu ersehen, ob derselbe die (unten näher zu entwickelnden) Artcharaktere der „höheren Gewalt" an sich trage. Diese können, wie sich nach Obigem versteht, nur objective und äusserliche sein, schon an den Umrissen des Fallindividuums erkennbar; daher sich das richterliche Arbitrium darauf zu beschränken haben wird, diese Umrisse scharf in's Auge zu fassen, um, je nachdem sich daran jene Merkmale vorfinden oder nicht, der Einrede bei erwiesenem Thatbestand stattzugeben, oder sie *a limine* zu verwerfen. Man sieht, wir treten damit in den allerschärfsten praktischen Gegensatz zur derzeit herrschenden Lehre, welche bei Gewährung oder Abweisung der Einrede Alles auf die richterliche Würdigung des concreten Falles und ganz besonders noch auf die eindringende Beurtheilung der vom Beklagten zur Abwendung desselben getroffenen oder nicht getroffenen Massregeln abstellt. Aus den schon im kritischen Theile dieser Abhandlung dargelegten Gründen kann ich diesen Gegensatz nur zu Gunsten der hier zu vertretenden Theorie deuten: es erscheint im Zweck und im Geiste der hier eingreifenden Rechtsnormen gelegen und als eine durch sie dem Vekehr gewährleistete Wohlthat, dass in Ersatzprocessen der vorliegenden Art die heiklen Schuldfragen und die grossen Schwierigkeiten bei der Feststellung und Würdigung des individuellen Sach-

verhaltes in all' seinen Einzelheiten dem Richter soweit irgend möglich aus der Hand genommen, dass die Entscheidung in aller Regel auf wenige äusserlich greifbare und darum nicht allzu leicht zu verfehlende Momente gestellt, somit das richterliche Ermessen — das zumal über technische Fragen bei sehr verwickeltem oder dunklem Sachverhalt leicht irre zu gehen oder irregeführt zu werden pflegt — zwar nicht ausgeschlossen, aber auf ein deutlich übersehbares Feld beschränkt werde. Ein solches weisen wir dem Richter an, indem wir lehren, er habe den einredeweise vorgeschützten Unfall lediglich seiner Art und Grösse nach, wie er objectiv beschaffen ist, in's Auge zu fassen und darnach allein denselben als „höheren" oder als gemeinen Unfall zu erkennen. — Auf der andern Seite lässt das oben für die Determination der „höheren Gewalt" aufgestellte Princip sofort erkennen, dass unsere Ergebnisse im Wesentlichen auf diejenigen der älteren Lehre hinauskommen müssen, mit welcher wir ja den Ausgangspunkt gemein haben, die prätorische Haftungsnorm und die classischen Beispiele für die Ausnahmen von derselben. Wirklich wird sich alsbald zeigen, dass, was unserer Begriffsbestimmung zufolge als echter Fall „höherer Gewalt" sich erweist, fast durchaus entweder unter die sogenannten „Elementarereignisse" oder die „Feindesgewalt" sich einreihen lässt. Der Unterschied aber ist, dass eben wir ein Princip haben, wo jene Lehre nur Beispiele und Verallgemeinerungen positiver Rechtsbestimmungen hatte, deren innere Gründe ihr unbekannt oder gleichgiltig blieben. Und das bedeutet vorliegendenfalls nicht blos die platonische Befriedigung eines theoretischen Bedürfnisses, sondern macht sich in doppelter Richtung praktisch fühlbar. Zunächst darin, dass wir von dem juristischen Gedanken aus, den wir als den Inhalt unserer positiven Sonderbestimmung erkennen, zu einer haltbareren begrifflichen Umgrenzung jener Ereignisse kommen, deren hier ausschlaggebende Eigenschaften man richtig gefühlt, aber eben nur gefühlt hatte, als man sie unter dem vagen Begriff „Elementarereignisse" zusammenfasste; denn erst wenn ich weiss, warum die gemeinhin hierunter verstandenen Thatsachen jene besondere rechtliche Kraft haben, kann ich mir mit Gründen beantworten, ob ein bestimmtes Ereigniss in dem hier massgebenden Sinne „elemen-

tar" sei, da dieser Sinn doch nur ein juristischer, kein naturwissenschaftlicher sein kann. Sodann aber beweist gerade die neueste Dogmengeschichte unserer Lehre, wie leicht in unserem rationalistischen Zeitalter ein guter Rechtssatz aus der Praxis zu verdrängen ist, wenn es an dem Bewusstsein guter Gründe für ihn fehlt. Der unserige wäre in Deutschland vielleicht nie wankend geworden, hätte man auf die gegen ihn rege gewordenen rationellen Bedenken eine einleuchtende Antwort gehabt. Wer unsere obigen Ausführungen über die *ratio legis* billigt, wird sich durch die Vorwürfe, welche Goldschmidt und seine Nachfolger der älteren Lehre gemacht haben, nicht länger beirren lassen; er wird dem Vorwurfe der darin angeblich enthaltenen „Veräusserlichung der Schuldfrage" (s. oben Note 15) entgegenhalten: es handelt sich bei unserem Rechtssatz, und zwar aus bestimmten praktischen Gründen, um die Eliminirung der Schuldfrage, gar nicht um irgendwelche feinere oder göbere Auffassung derselben; und die ebenfalls behauptete „materielle Ungerechtigkeit" ist in dem gemeinten Sinne ohneweiters zuzugeben, allein diese Ungerechtigkeit erweist sich (aus den oben dargelegten Gründen) im grossen Durchschnitt der Fälle als die einzige Rettung des Rechtes; endlich: unser Begriff von *vis major* nähert sich allerdings den verpönten „Schablonen", aber alles feste Recht im Vergleich zur freien Billigkeit trägt diesen Charakter, und gegenüber dem haltlosen richterlichen Ermessen — warum es angesichts von Thatsachenverwicklungen der vorliegenden Art haltlos bleiben muss, ist hinreichend ausgeführt — sind solche „Schablonen", die Wahrzeichen des strengen Rechtes, eine Wohlthat für den grossen Verkehr, den sie vor dem Versinken der Rechtspflege in bodenlose Billigkeit bewahren.

X.

Ich wende mich nun zu dem noch ausstehenden Theil der Aufgabe, der Feststellung der besonderen Kriterien der Fälle „höherer Gewalt" an der Hand des oben dafür aufgestellten Princips. Dieselben werden sich im Ganzen auf zwei zurückführen lassen, welche zusammen vorhanden sein

müssen, um den Grund des eingetretenen Schadenfalles als *vis major* zu charakterisiren; davon ist das zuerst sich darbietende qualitativer, das andere aber wesentlich quantitativer Natur.

Wenn wir die grundsätzliche Anforderung im Auge behalten, die wir nach Obigem an die Beschaffenheit des einzelnen Unfalles stellen müssen, um die gesetzliche Haftung des Recipienten ausnahmsweise ausser Kraft treten zu lassen, so tritt uns sofort Ein Kriterium entgegen, welches für sich allein schon die grosse Ueberzahl aller wirklich vorkommenden Beschädigungsfälle ausschliesst; nämlich alle sogenannten Betriebsunfälle im weitesten Sinne, worunter hier jene verstanden werden, die ihren Ursprung und Verlauf innerhalb des Betriebskreises der mit der Obhut über das Gut betrauten Unternehmung genommen haben. Es ist nämlich klar, dass von jener oben postulirten Liquidität des Sachverhaltes zu Gunsten des Recipienten, die den Schuldverdacht *prima facie* ausschliessen soll, gar keine Rede sein kann, sobald der Richter erkennt — was ihm in der Regel schon der erste Blick auf die sachliche Darlegung des Beklagten zeigen wird — dass die behauptete Ursache des Unfalles innerhalb des Getriebes der beklagten Unternehmung selbst entsprungen sei; denn alsdann haben wir den oben zum Ueberfluss geschilderten Beweisnothstand wegen Unzugänglichkeit des Thatbestandes und damit die *ratio* für die Anwendung der Hauptnorm *de recepto*, nicht aber für die Ausnahme. Was immer also der Beklagte zu seiner Entschuldigung anführen und zu beweisen sich erbieten mag, ist diesfalls irrelevant: auf irgendwelche Untersuchung der Tauglichkeit der von der Unternehmung zu ihren Zwecken verwendeten Mittel und Leute, auf eine Würdigung der Anstalten und Vorkehrungen zur Vermeidung von Betriebsverstössen, von Reibungen oder irgendwelchen Zufällen im Inneren des technischen Ganzen der Unternehmung, wird schlechterdings nicht eingegangen; dergleichen ist niemals *vis major*, weil innere Unfälle schon als solche einen illiquiden Sachverhalt darstellen. Das ist unsere erste Folgerung aus dem obigen Princip und sie ergibt für den Begriff der „höheren Gewalt" das Kriterium der äusseren Provenienz. Dasselbe bedarf einer näheren Erläuterung

und Begrenzung, zumal da auch manche Anhänger der herrschenden Meinung von „äusserem Zufall“ sprechen, womit sie aber (soweit nicht ein zu ihrer Lehre schlecht stimmender Nachklang der älteren Doctrin vorliegt) einen anderen Sinn verbinden, als hier gemeint ist.[46])

Um den Unterschied gleich concret vor Augen zu stellen, nehmen wir den Fall des Unterganges des Frachtgutes durch einen Magazinbrand; dabei sei vorausgesetzt, das betreffende Magazin (oder Schiffsraum, Lastwagen) gehöre zum Betriebskreis der Unternehmung des Frachtführers. Hier liegt nun im Sinne der herrschenden Lehren keineswegs ein „innerer“ Zufall vor, — es wäre denn der Brand durch Selbstentzündung eben der Waare, auf deren Rückstellung geklagt wird, oder etwa auch noch durch einen Functionsfehler eines Betriebsmittelst (Dampfmaschine, Heizapparat) entstanden, — sondern es ist regelmässig „äusserer“ Zufall vorhanden, und ob zugleich „höhere Gewalt“, das hängt weiterhin vom dem Urtheil über die concrete Abwendbarkeit des Ereignisses durch

[46]) Goldschmidt, Randa und Grünhut erwähnen das Requisit der äusseren Herkunft des Unfalles gar nicht. Dernburg (§. 69) weist es ausdrücklich zurück; das ist gewiss auf ihrem Standpunkt das Richtige: wer Alles auf die Würdigung der Innenseite des Verhältnisses abstellt — auf die Beurtheilung aller Einzelheiten des concreten Falles nach dem Massstab der geforderten „sorgfältigsten Vorsichtsmassregeln“ oder „dauernd wirksamsten Veranstaltungen“ — der braucht ein so äusserliches Kriterium, wie das unserige, nicht, welches hier die Freiheit des richterlichen Ermessens nur stören könnte, ohne sie entbehrlich zu machen. Hahn (Com. II, 436, 437) hingegen nimmt es scheinbar zwar in seine Definition auf, indem er unter höherer Gewalt „diejenigen äusseren Ereignisse“ u. s. w versteht; allein er kann damit nur den Gegensatz zum „inneren Verderb“ der Waare bezeichnen wollen, also Ereignisse, die von ausserhalb der Waare auf diese einwirken, da er sofort weiterhin in den Fällen der Beschädigung durch Verderb anderer, unter Einem transportirter Güter, z. B. durch Ausfliessen im nämlichen Schiffsraume gelagerter Droguen, die Möglichkeit höherer Gewalt anerkennt, worüber *in concreto* „auf das sachverständige Urtheil zu recurriren“ sei. Weiter geht Eger, S. 242, 245, indem er unter „innerem Zufall“ jede Beschädigung durch den Frachtführer selbst, seine Leute und seine Transportmittel versteht, und für diesen Zufall absolut haften lässt, ohne Rücksicht auf Abwendbarkeit u. s. w. Dadurch kommt allerdings ein objectives Element in die rechtlichen Voraussetzungen der Haftung hinein, das aber nicht weit genug reicht und mit den im Uebrigen adoptirten Grundsätzen der herrschenden Theorie nicht in Uebereinstimmung steht.

die bewusste „ausserordentliche Sorgfalt" u. s. w. ab. Ausdrücklich sagt das Eger Seite 250: „Von Aussen kommend ist nicht etwa im eigentlichen Sinne, d. h. dahin zu verstehen, dass die Gewalt nicht auch vom Innern des Magazins u. s. w. ihren Ausgangspunkt und ihre Entstehung nehmen könne; ... explodirt im Innern eines Wagens ein falsch declarirtes Gut auf unabwendbare Weise (und zerstört dadurch andere Güter), so sind auch dies echte Fälle höherer Gewalt." Und Hahn, obwohl auch ihm *vis major* ein „äusseres Ereigniss" ist, rechnet dahin insbesondere auch jenen Schaden, welcher „durch in dem nämlichen Wagen, Schiff, Lagerhaus befindliche andere Güter in Folge Explodirens, Auslaufens, Verdunstens, Faulens derselben entstand" (Com. II, S. 438). Wir hingegen verstehen unser hier zunächst in Rede stehendes Kriterium ganz anderes: sobald nur einmal ersichtlich, dass die Zerstörungsursache innerhalb des Magazins u. dgl. entsprungen ist, wird danach gar nicht mehr gefragt, wieso sie entsprungen sei, geschweige denn, ob sie abwendbar war; sie ist keinesfalls höhere Gewalt. War es also ein Brand, so wird blos darauf zu sehen sein, ob das Feuer von Innen heraus, oder von Aussen hinein kam. Nur im letzteren Falle kann, muss aber nicht, höhere Gewalt vorliegen; aus dem, was darüber unten noch auszuführen ist, wird sich ergeben, dass der fragliche Brand höhere Gewalt ist, wenn das Feuer etwa durch Blitz, Bombardement oder durch Uebergreifen aus benachbarten brennenden Stadttheilen hereingekommen ist, nicht aber, wenn ihn z. B. eine durch das offene Fenster hineingeworfene Zigarre eines Vorübergehenden oder ein unvorsichtig im nahen Wirthshausgarten abgebranntes Feuerwerk erregt hatte. Einstweilen aber beschäftigt uns nur die Sonderung der „äusseren" und „inneren" Unfälle in dem hier vertretenen Sinne; und danach ist klar, dass wir in keinem der obigen Beispiele *vis major* anerkennen, wo das Feuer oder die sonstige Schadensursache im Betriebskreis der Unternehmung selbst, sei es durch Berührung mit anderen Frachtstücken oder mit Betriebsmitteln, entsprungen ist. Getreu unserem Grundgedanken, dass es Zweck des Gesetzes ist, alle richterliche Würdigung des Sachverhaltes da auszuschliessen, wo die Kette der causalen Thatsachen innerhalb des Organismus der Unternehmung verläuft,

und approbirt gewesen, auch gut im Stand gehalten worden, und daher nur durch einen verborgenen und ganz unvermeidlichen inneren Fehler die Katastrophe erklärbar — ebensowenig kann der Beweis eines plötzlichen und unverschuldeten Uebelbefindens ihres Weichenstellers oder Signalmannes, das denselben zur Ausübung seines Dienstes momentan untauglich gemacht und bei der Raschheit des unvermutheten Eintrittes die Möglichkeit einer Substitution ausgeschlossen habe, die Geklagte von der Ersatzpflicht befreien. Es ist eben beides ein innerer Zufall, dessen Gefahr sie tragen muss. Auch diese durchaus nothwendige Consequenz mag zuweilen als Härte erscheinen. So in dem berühmten Fall, da den Locomotivführer inmitten seiner Arbeit der Schlagfluss getödtet und die steuerlose Maschine den Zug in den Abgrund gerissen hat; hier spricht das Gefühl entschieden gegen unsere Entscheidnng, da wir den „Finger Gottes" in dem Unfall gleichsam zu sehen glauben, wie denn schon unsere Sprache in dem „Schlag" eine *vis* zu erblicken uns anleitet; auch wird man sagen, nirgends sei die casuelle Natur des Unfalles evidenter, daher gerade unser eigenes Princip unsere Entscheidung widerlege. Allein das Letztere ist nicht richtig: evident ist nur dass der Schlagfluss, wenn es ein solcher war, ein unverschuldetes Unglück für den Getödteten und seine Familie ist, nicht auch dass die plötzliche Führerlosigkeit der Maschine mit allem weiteren Unheil ohne Schuld der Unternehmung eingetreten sei; vielleicht hatte der Mann heute nicht seinen ersten Schlaganfall, frühere Vorboten waren sträflicherweise verheimlicht oder seitens der Vorgesetzten aus pflichtwidriger Milde übersehen, nicht mit sofortiger Enthebung von diesem Posten beantwortet worden; vielleicht war er vermöge seines Alters, seiner Körperverfassung oder seiner Lebensweise überhaupt dergleichen Zufällen erkennbarer Weise in höherem Grade ausgesetzt, so dass er in diesem Dienste nicht oder doch nicht ohne Beigesellung eines zur Noth tauglichen Vertreters, verwendet werden durfte. Alles Fragen, deren Verneinung durch den vorgelegten Sections-Befund der Gerichtsärzte keineswegs evident wird, welche aber zum Gegenstande eines Beweisverfahrens zu machen eben der Grundgedanke unseres Gesetzes verbietet. Fragen,

welche gar nicht auftauchen könnten (und darauf legen wir das Gewicht), wenn der Tod des Maschinenführers etwa durch Blitzstrahl, durch die ihn herabwehende Gewalt eines Orkans, durch die Kugel des den Zug beschiessenden Feindes verursacht worden wäre. Endlich aber, was ist denn „der Schlag“? Der heutigen Heilwissenschaft gemäss ein undefinirbares Etwas, das Tödtung oder Lähmungen bewirkt, durch sehr verschiedene, zum Theil gar nicht feststellbare Veränderungen im Körper, welche die verschiedensten Ursachen haben können, verschuldete und unverschuldete; nirgends ist eine feste Grenze gegenüber anderen körperlichen Functionsgebrechen, nicht einmal eine medicinische, geschweige denn eine juristische. Wer also, verleitet von der altpopulären Vorstellung eines *ictus divinus*, den Schlagfluss als höhere Gewalt erklären wollte, müsste dasselbe überall gelten lassen, wo „unverschuldete“ Körperzustände irgendwelcher Art den Dienstfehler und dadurch den Schaden verursacht haben; auch ein schuldloser Rausch ist denkbar, will man auch darüber einen Beweis zulassen? Man wird es müssen, wenn man überhaupt auf Schuldfragen eingehen zu sollen glaubt. Wir aber bleiben dabei: der dienstthuende Mann ist Werkzeug der Unternehmung, und was ihm von Innen her zustösst, geht auf ihre Gefahr. „Der plötzlich ausbrechende Wahnsinn eines Kellners, welcher einen Gast beschädigt,“ kann also nicht, wie Dernburg meint, höhere Gewalt sein; vielmehr ist zu sagen, ein Wirth, der wahnsinnige Kellner hält (mag er es wissen oder nicht), thut das auf seine Gefahr, nicht zu Lasten der Gäste; er hat die Beschädigung zu ersetzen ganz nach demselben Rechte, das ihn zwingt, den durch sein plötzlich kollerig gewordenes Zugpferd zerschlagenen Koffer und die von der einstürzenden Zimmerdecke zermalmte Uhr des Gastes zu ersetzen, ohne dass er mit dem Beweis angehört wird, das Pferd sei bisher immer fromm gewesen und die Tragebalken jener Decke hätten äusserlich keine Spur ihrer inneren Fäulniss erkennen lassen. Hierher gehört auch der schliesslich noch zu erwähnende Fall der Meuterei der Arbeiter *(strike)* des Unternehmers. Auch das ist, als innerer Unfall, nicht *vis major*; ob Einzelne, Viele oder Alle den Dienst versagen, erscheint rechtlich gleichgiltig, der Unternehmer haftet für dadurch verursachte Schäden

(natürlich nur soweit sie unter die Norm des *receptum* fallen) ebenso, wie der Fuhrmann haftet, wenn ihm die widerspenstig gewordenen Pferde die Ladung umgeworfen haben. Ob das „durch eine umsichtige Leitung zu verhindern war“ (Dernburg), bleibt hier wie dort gleichgiltig. Ganz verschieden aber und allerdings höhere Gewalt wäre es, wenn die massenhafte Arbeitseinstellung nicht den bisher besprochenen inneren Grund hätte, sondern auf übermächtiger Einwirkung von Aussen her beruhte, wenn ein Mobilisirungsbefehl die Leute über Nacht zu den Waffen abruft oder ein allgemeiner gewaltsamer Aufruhr (Revolution) im Lande ist, der zuletzt auch sie mit fortreisst. Unter solchen Voraussetzungen ist die hier vor Allem geforderte äussere Provenienz des Unfalles gegeben, und auch das unten erst zu erwägende quantitative Moment trifft zu. Zugleich können diese Fälle, denen sich noch andere anreihen werden, als Beispiel dafür dienen, dass es nicht nothwendig und wesentlich ein sogenanntes Elementarereigniss oder eine Ueberwältigung durch Feindeshand sein muss, was unter unseren Begriff der höheren Gewalt fällt, wenngleich es thatsächlich zumeist Ereignisse dieser Art zu sein pflegen.

Das Merkmal der äusseren Herkunft des *damnum fatale* — welches die Anhänger der heute geltenden Lehre entweder folgerichtig verwerfen oder in einem zweifelhaften Sinne nebenbei mitlaufen lassen (s. Note 46), — ist bei den älteren Vertretern der ehemals herrschenden, von uns ihrem materiellen Kern nach wieder aufgenommenen, Doctrin zwar nicht eigentlich formulirt, aber doch im Bewusstsein vorhanden; das tritt an den Beispielen hervor, namentlich an dem des Feuers, wo immer besonders bemerkt wird, nur das *incendium ex fulmine aut in aedibus vicinis ortum* (Leyser, I, p. 715) sei *vis major*, keineswegs aber „Feuer, das im Gasthofe selbst ausgekommen ist“ (Glück, 6, S. 120). Erst Puchta erhob dasselbe zum specifischen Merkmal, indem er, ohne sich weiter auf den Begriff einzulassen, von „einer von Aussen kommenden *vis major* spricht“ (Pand. §. 314), was dann bei Holzschuher (Theorie u. Cas. III, S. 832) zu der einseitigen Begriffsbestimmung geführt hat: dass Recipient „allerdings auch für den Zufall, nur nicht für den ganz unab-

wendbaren, nicht für eine von Aussen herkommende Gewalt *(vis major)* einstehen müsse"; wonach es den Anschein hat, als solle die äussere Provenienz das einzige Kriterium sein, welches die Unabwendbarkeit schon in sich schliesse. Gewiss lag der ausdrücklichen, wie der stillschweigenden Aufstellung dieses Kriteriums, für welche übrigens keine Gründe angegeben werden, das richtige Gefühl unter, dass als *vis*, Gewalt, nur etwas bezeichnet werden kann, was von Aussen her auf uns wirkt; *vis autem est majoris rei impetus . . . necessitas imposita. (L. 1, 2, D. quod metus, 4, 2).* Der Zusammenbruch irgendwelches Ganzen, wenn er durch spontanes Versagen eines Organes, durch irgendwelche innere Functionsstockung verursacht ist, kann sprachrichtig nicht auf eine „Vergewaltigung" zurückgeführt werden: der Stein, der mir an den Kopf fliegt, woher er auch kommen mag, ist *vis*, ein Herzkrampf oder falscher Tritt, der mich umfallen macht, ist *casus*, aber nicht *vis*. Muss man nun, wie wir allerdings glauben, die Gesammtheit der zu Einer gewerblichen Unternehmung zusammenwirkenden Gegenstände und Kräfte, wie sie thatsächlich im Verkehr dem Publikum gegenüber als Einheit auftreten, so auch juristisch gleichsam als den organisirten Körper des eventuell ersatzpflichtigen Subjectes auffassen, so erscheinen Unfälle, die innerhalb dieses Körpers ihren Ursprung und Verlauf gehabt haben, nicht als *vis*, und es bestätigt sich so auch von dieser Seite her unsere nicht aus sprachlichen, sondern rein aus praktisch-juristischen Erwägungen abgeleitete These: *vis major* sei vor Allem ein von Aussen her in den Betriebskreis der Unternehmung eingreifendes Ereigniss.

Da aber nicht jede Gewalt „höhere Gewalt" sein kann, stehen wir vor der Frage nach einem Kriterium, welches die *vis* zur *vis major* erhebt. Davon soll nunmehr die Rede sein.

XI.

Gehen wir auch hier wieder, unserem bisherigen Gedankengang folgend, von der Frage aus, wie wird ein (äusseres) Ereigniss beschaffen sein müssen, damit es als *prima facie*

entlastend für den Recipienten sich darstellt, indem es einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit gegen irgendwelches Verschulden desselben schon seiner Art nach in sich trägt? Wenn der auf Restitution des übernommenen Gutes Belangte die Unmöglichkeit seiner Pflicht zu genügen mit dem Hinweis auf einen angeblich unvermeidlichen zerstörenden Zufall begründet und zu diesem Zwecke eine bestimmte Reihe concreter Hergänge aufführt und zu beweisen sich erbietet, so wird ein — durch das oben dargelegte ungleiche Verhältniss der Parteien zum Thatsachenmaterial im Allgemeinen gerechtfertigtes — Misstrauen gegen die Triftigkeit und Lauterkeit der ganzen Vertheidigungsoperation wesentlich nach zwei Richtungen hin sich geltend machen können. Einmal, ob die angegebenen Schadensursachen überhaupt wahr sind, ob nicht durch Erdichtung unwahrer oder wesentliche Entstellung richtiger Vorgänge eine ganz andere Combination von Thatsachen, mehr oder minder weit entfernt von der wirklichen Ursache, dem Richter als solche vorgeführt werden will. Sodann aber ganz unabhängig davon, ob die dargelegte äussere Einwirkung, die den Schaden wirklich verursacht haben mag, in der That auch, wie behauptet und bewiesen werden will, *in concreto* unabwendbar war, d. h. ob mit denjenigen Vorkehrungen und Vorsichten, deren Mangel als Verschulden anzurechnen wäre, ihr schädigender Einfluss auf das Gut nicht hätte ausgeschlossen werden können. Nach beiden Richtungen hin wird schon die Natur des behaupteten Ereignisses uns Garantien bieten müssen, um der obigen Anforderung zu genügen.

Man fühlt sogleich, dass dies der Fall ist bei den gemeinhin als aussergewöhnliche „Elementarereignisse“ benannten Vorkommnissen und ebenso bei der „feindlichen Ueberwältigung“. Es ist aber nöthig, näher zuzusehen, worin hier jene Garantien bestehen, um von da aus zu einer allgemein giltigen Formulirung der betreffenden Eigenschaften des Thatbestandes zu gelangen.

Wenn der Schiffer den Abgang oder Verderb der Waare damit erklären will: dieselbe sei im Hafen X, wo er anlegen musste, durch einen Nachts eingeschlichenen Fremden trotz sorgfältiger Bewachung gestohlen, geraubt, oder sie sei bei Gelegenheit eines unverschuldeten Zusammenstosses mit

einem andern Fahrzeug zerquetscht, über Bord gefallen; wenn die Eisenbahnverwaltung die Beschädigung damit begründen will: es habe unterwegs vom Felde her ein Jäger nach dem Zuge geschossen und den betreffenden Lastwagen getroffen, ein unterwegs aufgesprungener Strolch habe denselben beraubt, oder es sei die Zugsentgleisung durch ein auf den Schienen liegendes Stück Vieh, ein Rudel trunkener Bauernbursche, die den Wechsel verstellten u. s. w. in unabwendbarer Weise herbeigeführt worden, indem das Hinderniss aus den und den Gründen nicht bemerkt oder doch nicht rechtzeitig behoben werden konnte — so bleibt all' dem gegenüber zwar ein Gegenbeweis in aller Regel aussichtslos, aber um so gewisser das Gefühl der nicht völligen Klarheit der Sache und das Misstrauen nach beiden obigen Richtungen hin aufrecht. Ganz anders, wenn der Schiffer in der Lage ist, sich darauf zu berufen: der Hafen X wurde zu dieser Zeit bekanntlich von der englischen Kriegsflotte bombardirt und gerieth dadurch ein grosser Theil der darin liegenden Handelsschiffe in Brand, darunter auch das meinige, und mit ihm ging deine Waare zu Grunde; oder wenn der Bahnfrächter sagen kann: das Erdbeben, welches dazumal so viele Verwüstungen in jener Gegend anrichtete, hat auch die plötzliche Erdabrutschung am Bahnkörper und dadurch die Entgleisung verursacht; oder der Blitzstrahl, welcher gelegentlich des an diesem bestimmten Tage über der Ortschaft X niedergegangenen Ungewitters in dem Bahnhofgebäude niederfuhr, hat mit seinem Feuer auch das Magazin verzehrt, in welchem die betreffende Waarenabtheilung gelagert war. In allen diesen Fällen ist der Verdacht der Erdichtung des Ereignisses schon durch dessen Natur ausgeschlossen; dass die Hafenbeschiessung stattgefunden, weiss Jeder, und ob das Schiff an jenem Tage dort vor Anker gelegen und wirklich mitverbrannt sei, ist leicht festzustellen, beziehungsweise der Beweis darüber nöthigenfalls an Ort und Stelle durch Erkundigung bei nicht im Dienste des Schiffers stehenden Behörden und Einzelpersonen zu controliren; ebenso kann ein Erdbeben, ein Ungewitter mit Blitzeinschlag und Brand nicht leicht ein leerer Vorwand sein, da dergleichen in der ganzen Umgebung bemerkt und Vielen bekannt sein muss. Zugleich aber ist es bei Vorfällen dieser Art von vorn-

herein wahrscheinlich, dass alle vernünftigerweise zu erwartenden Vorsichten und Vorkehrungen gegen dieselben wirkungslos waren, also ein Verschulden dem Unternehmer nicht zur Last fiel. Was in Ereignissen der hier betrachteten Art die oben geforderte Gewähr bietet, das ist nach der einen Seite die Offenkundigkeit derselben, andererseits aber die überwältigende Wucht ihres Auftretens. Ersteres verbürgt ihre Wahrheit, letzteres ihre Unabwendbarkeit für den concreten Fall; freilich beides nicht in dem Sinne absoluter Gewissheit, aber doch mit einem so hohen Grade von Wahrscheinlichkeit, dass einer solchen Wahrscheinlichkeit gegenüber die legislativen Bedenken gegen die Zulassung des auf „Zufall" gerichteten Entlastungsbeweises schwinden, dass also, weil jene sonst regelmässig zu Lasten des Klägers vorhandene Illiquidität des Sachverhaltes entfällt, hier ausnahmsweise der Beklagte mit dem Beweis seiner Behauptungen zugelassen werden kann.[48])

Beide hiernach für die Anwendbarkeit unserer gesetzlichen Ausnahmsnorm bedeutsamen Momente führen zurück auf das quantitative Element in dem behaupteten causalen Ereigniss. Das Grosse ist offenkundig, weil es weithin und von Vielen wahrgenommen wird; das Grosse pflegt aber auch das Unverschuldete zu sein, weil Menschenwitz und Menschenkraft natürliche und wirthschaftliche Schranken haben. Damit aber ist allerdings die Sache nicht erledigt. Wie gross, so lautet die entscheidende Frage, muss das Ereigniss sein, um (seine äussere Herkunft immer vorausgesetzt) als „höhere" Gewalt gelten zu können, und wo ist der Massstab zur Messung seiner Grösse?

[48]) Auf dem Standpunkte der älteren Doctrin stehend, hatte schon Bluntschli (D. Priv.-Rt. II, §. 116, S. 20) das treffend hervorgehoben: „In den Fällen der höheren Gewalt (Naturereignisse, Feindesgewalt) ist es klar, dass der Einzelne ihr nicht widerstehen kann; jene Unterscheidung schneidet daher in objectiv sicherer Weise die Streit- und Beweisfragen ab, und eignet sich darum so vorzüglich für das Handelsrecht." Dagegen Goldschmidt (Ztft. f. H. Rt. III, S. 89): „Ob ein Ereigniss in der Regel oder nur ausnahmsweise unabwendbar ist, kann für den Beweis, nicht dagegen für das materielle Recht einen Unterschied bewirken." Warum nicht? wenn es der Gesetzgeber will und wollen muss, um seinen Zweck zu erreichen.

XII.

Nach allem Bisherigen versteht sich, dass wir das gesuchte Mass nicht in irgendwelchem Verhältniss, beziehungsweise Missverhältniss, zwischen dem eingetretenen Ereigniss und den Widerstandskräften der davon getroffenen Unternehmung finden werden. *Vis major* kann uns nicht die *vis* sein, welche stärker ist als der, den sie trifft, auch nicht unter der Supposition eines bei ihm vorhandenen Normalmasses von Widerstandsmitteln und -Kräften; ebensowenig die *vis*, welche stärker ist als die höchste, als eine ganz ausserordentliche Diligenz des Betroffenen. Denn das würde uns sofort in die Culpafragen zurückwerfen, um deren Ausschliessung willen unserer Ansicht nach die Haftung *ex recepto* und der Begriff der höheren Gewalt in das Recht aufgenommen ist; überdies sind auch Zufälle denkbar, die ihrer Beschaffenheit nach wohl jeden Schuldverdacht, keineswegs aber den der Erdichtung oder Entstellung ausschliessen, wie z. B. der obige von dem auf den fahrenden Zug abgefeuerten Flintenschuss, wo die Unabwendbarkeit allerdings klar wäre, wenn nur die ganze Sache sich, wie angegeben wird, zugetragen hat. Wir also müssen ein Grössenmass aufstellen, welches vom Begriff der *vis major* alle jene Zufälle ausscheidet, die ihrer Natur nach dem Verdacht auf Vertuschung von Schuld oder Fiction von Thatsachen mit einigem Anspruch auf Wahrscheinlichkeit ausgesetzt sind. Und das kann nur ein Mass sein, welches hergenommen wird von der Vergleichung des eingetretenen Ereignisses, nicht mit anderen Elementen dieses speciellen Falles, sondern mit ausserhalb der diesmaligen concreten Vorgänge gelegenen objectiven Grössen.

Von selbst bietet sich hier als das Bestimmende die Unterscheidung zwischen solchen misslichen Zufällen dar, welche im regelmässigen Verlauf des Lebens und Verkehrs in dieser oder jener Gestalt immer wieder vorzukommen pflegen, und solchen, welche als etwas ganz Ausserordentliches erscheinen, weil sie den Rahmen des Gewohnten augenscheinlich und mächtig überschreiten. Eine Unterscheidung, welche, obzwar sie sich nicht mechanisch wie durch Ablesung an einer Barometerscala durchführen lässt, doch jedem Geschäftsmann

geläufig und jedem Richter unentbehrlich ist. Der Erstere weiss sehr gut, dass im Laufe längerer Wirthschaftsperioden gute und schlechte Zeiten, d. h. günstige und ungünstige Zufälle, kommen; er weiss, wenn er z. B. Landwirth ist, dass schlechtes Wetter, Krankheiten der Hausthiere, Untreue des Gesindes oder auswärtige Diebstähle, Insolvenzen von Schuldnern u. dgl. seiner Wirthschaft Schäden bringen, die aber, weil sie im regelmässigen Lauf der Dinge liegen, bei rationellem Wirthschaftsbetrieb zum Voraus in Anschlag kommen und dem auf das grosse Ganze gerichteten Blick als normale negative Factoren erscheinen. Wenn hingegen ein Krieg sein Land verwüstet oder auch nur jeden Absatz seiner Producte plötzlich abschneidet, wenn eine über alle gewohnten Grenzen hinausgehende Ueberschwemmung, eine allgemeine verheerende Viehseuche ausbricht, oder der Blitz sein Haus niederbrennt, dann empfindet er jenen Unterschied sehr deutlich, dann fühlt er sich von der „Hand des Schicksals" getroffen *(damnum fatale)*. Und dass der Unterschied auch rechtlich bedeutsam ist, dass er somit, auch ganz abgesehen von unserer besonderen Materie, vom Richter anerkannt und in zweifelhaften Fällen festgestellt werden muss, dafür sei hier nur auf das Pachtverhältniss verwiesen, wo unsere Quellen gerade auf ihn die Scheidung zwischen den Unfällen, die der Pächter, und solchen, die der Verpächter tragen muss, abstellen, und die römischen Juristen für die letzteren ebenfalls den Ausdruck *vis major* gebrauchen. *Vis major* (sagt Gajus in L. 25, §. 6, D. loc. 19, 2) *non debet conductori damnosa esse;* und Ulpian, der die Sache näher ausführt, zählt dahin insbesondere z. B. *vis tempestatis calamitosae, vis fluminum, incendium repentinum, incursus hostium, terrae motus, si labes facta sit omnemque fructum tulerit, si solis fervore non adsueto id acciderit;* hingegen schliesst er z. B. aus: *si raucis aut herbis segetes corruptae sint, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit* etc., und schliesslich fasst er das Ganze dahin zusammen: *si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse* (L. 15, §. 2. D. *eod.*) [49])

[49]) In demselben Sinne spricht schon Columella, 1, 7, beim Landbau von *coeli major vis aut praedonum*, und ausführlicher Plin. h. n. 18, 28, 69. — So bezeichnet es auch das österr bürg. Gb. §. 1104: „Wenn eine in Bestand

Das Ausserordentliche zieht die Augen der Menschen auf sich; weil es den gewohnten Lauf der menschlichen Vorkommnisse mit weithin sichtbarem Griff unterbricht, erregt es auch in den nicht unmittelbar Getroffenen Theilnahme und Furcht. Es prägt sich dadurch in das Gedächtniss Vieler ein und jeder dieser Vielen kann künftig Zeugniss geben über das Wann und Wie des Ereignisses. Darum ist es fast undenkbar, dass ein solches zum Zwecke der Vertheidigung des Beklagten im Ersatzprocesse erfunden oder wesentlich entstellt werde; mindestens wären dem Kläger die Mittel erreichbar, um solchen Versuch durch wirksamen Gegenbeweis zu vereiteln. Aber zugleich ist das in unserem Sinne Ausserordentliche auch das *prima facie* Unabwendbare, *cui resisti non potest.* Denn das vernünftige Mass der Vorsichten und Vorkehrungen, durch welche wir uns und Andere gegen schadenbringende Einwirkungen von aussen zu schützen suchen, beruht auf dem aus den normalen Erscheinungen des Lebens gebildeten Niederschlag von praktischer Erfahrung und pflegt daher auch nur diesen normalen Erscheinungen gegenüber auszureichen. Auch gegen das Unerhörte und Ungeheuere kann es zwar Mittel geben, aber sie sind meist nicht zur Stelle, wo jenes sich ereignet, und dass sie nicht vorhanden oder nicht zur Anwendung gebracht waren, kann solchenfalls in aller Regel Niemandem zum Vorwurf gereichen. Darum ist es hier, wenn auch nicht gewiss, so doch in hohem Grade wahrscheinlich, dass kein Verschulden vorliegt, und das genügt unserer obigen Anforderung.

Dieses zweite Kriterium des Begriffes der höheren Gewalt, wie wir es verstanden wissen wollen, ist nicht minder als das erste ein äusserliches und objectives. Nicht darauf soll es ankommen, ob das einzelne bestimmte Ereigniss nach Lage des concreten Falles für diese bestimmte davon betroffene Unternehmung mit den Abwehrkräften, die sie hatte oder haben sollte, abwendbar war oder nicht; auch nicht darauf, ob ein solches Ereigniss für Unternehmungen der vorliegenden

---

genommene Sache wegen ausserordentlicher Zufälle, als: Feuer, Krieg, oder Seuche, wegen grosser Ueberschwemmungen, Wetterschläge oder wegen gänzlichen Misswachses gar nicht gebraucht oder benützt werden kann, so ist auch kein Mieth- oder Pachtzins zu entrichten."

Gattung regelmässig abwendbar zu sein pflegt oder nicht. Ueberhaupt kommt es nach der hier vertretenen Auffassung auf die Unabwendbarkeit als solche gar nicht an: auch sogenannte schlechthin unabwendbare Ereignisse können, wie oben an einem Beispiel gezeigt ist, zum gemeinen Zufall gehören, und echte Fälle von *vis major* können in concreto ausnahmsweise abwendbar gewesen sein, ohne dadurch ihren Charakter als „höhere Gewalt" zu verlieren. Unabwendbarkeit des Schadenfalls ist allerdings regelmässig zugleich vorhanden, wo *vis major* auftrat, aber sie ist nicht deren Wesen, sondern nur eine zwar regelmässige, aber nicht nothwendige Folge derjenigen Eigenschaften, welche unserer Ansicht nach dieses Wesen bestimmen. Und zwar gerade der jetzt in Rede stehenden, nun noch etwas näher zu beschreibenden Eigenschaft.

Wir verlangen, das der Richter, um eine vom Beklagten vorgeschützte *vis* als *major* anzuerkennen, zusehen und feststellen müsse, ob das fragliche Ereigniss nach der Art und Wucht seines Auftretens das Mass der nach der Regel des Lebens zu erwartenden, also in diesem Sinne gemeinen, Unfälle augenscheinlich überschreite. Das ist eine Frage, die sich bei den meisten Fällen echter höherer Gewalt sofort von selbst bejaht; unter allen Umständen aber eine Aufgabe, die schon an den Umrissen des gegebenen wirklichen Falles, ohne allzu tiefes Eingehen in die Einzelheiten des Sachverhaltes, gelöst werden kann, und welche, wo sie überhaupt nöthig wird, dem vernünftigen Ermessen des Richters zwar immerhin einen gewissen begrenzten Spielraum, aber keinen schranken- und bodenlosen Tummelplatz darbietet. Er wird sich also zu fragen haben: Ist das, was (angeblich) geschehen, ein im obigen Sinne Ausserordentliches, d. h. etwas, worauf im ordentlichen Laufe der Dinge nach dem grossen Durchschnitt des Lebens Niemand gefasst und gerüstet zu sein pflegt? Die Antwort muss und wird ihm seine eigene Lebenserfahrung geben; nur bei gänzlicher Unbekanntschaft mit den Verhältnissen des Landes oder Ortes kann es ausnahmsweise einer Unterstützung durch Kundigere bedürfen. So weiss Jeder, dass die Erweichung von Strassen durch sommerliche Gewitter, dass Schneeverwehungen und Stromeis im Winter, Anschwellung von Bächen und Austritt von Flüssen im Früh-

jahr ganz gewöhnliche Ereignisse sind; ebenso Diebstähle, Einbrüche und gemeine Räubereien, wie solche auf allen Landstrassen zeitweilig vorkommen, nicht minder auch unbedachte, muthwillige oder sinnlose Beschädigungen fremden Eigenthums durch die verschiedenartigsten Eingriffe Dritter (Verbrecher, Wahnsinnige, Trunkene, Kinder, Thiere), welchen jede Unternehmung mit ihrem sachlichen Apparat im natürlichen Lauf der Dinge unterworfen ist. Dieses Alles und vieles Aehnliche kann also niemals als höhere Gewalt gelten.[50])

[50]) Hier wird vollends ersichtlich, um wie viel enger das Bereich der „höheren Gewalt" nach unserer Auffassung ist, als nach der herrschenden Lehre. Um nur Einiges hervorzuheben: alle normalen Elementareinflüsse scheiden vorweg aus; Regen, Thau, Frost, Eis im Winter u. dgl. sind nie *vis major*, daher auf die Untersuchung der Abwendbarkeit ihrer Einflüsse gar nichts ankommt (vgl. dagegen das Urth. des d. R. O. G. v. 13. Jänner 1874, Entsch. Bd. 12, S. 107); das Vorhandensein bekannter Schifffahrtshindernisse in einem Strom, wie Strudel oder Wehrbauten, begründet für sich allein keine höhere Gewalt, sondern eine normale Gefahr, die Jeder trägt, der diese Wasserstrasse benützt (anders das Urth. des d. R. O. G. v. 4. Febr. 1873, das. Bd. 8, S. 159 ff.). Eisenbahnunfälle, die durch muthwilliges Hinwerfen eines Hindernisses, den Eingriff eines Wahnsinnigen in die Weichenstellung, die Laune eines Kindes u. dgl. verursacht sind, schliessen wir aus, daher auch hier auf die specielle Untersuchung, „ob die Geleise vom Wärter vorschriftsmässig revidirt sind" u. s. w. nichts ankommt (a. M. Eger, S. 250). In einem hierhergehörigen neueren Falle (ein fünfjähriges Kind hatte durch Herumspringen zwischen den Geleisen den Unfall verursacht) scheint bei dem R. O. G. eine Reaction gegen die bisherige Ansicht Platz gegriffen zu haben; während beide Untergerichte, dieser folgend, *v. m.* angenommen hatten, weil der Unfall „auch bei Anwendung aller Diligenz nicht habe abgewendet werden können," wurde dies mit der Begründung verworfen: „höhere Gewalt im Unterschied vom Zufall bezeichnet ein äusseres, durch elementare Naturkräfte, oder durch Menschenkräfte, die Handlungen Dritter (?) herbeigeführtes Ereigniss" (Urth. v. 2. Dec. 1879, Blum's Annal. I, S. 197); mit der herrschenden Lehre ist das unvereinbar, aber es schien doch unmöglich, einem spielenden Kinde „höhere Gewalt" zuzuschreiben. — Am schärfsten aber spricht sich unser Gegensatz in der rechtlichen Behandlung der Diebstahlsfälle aus. Auch hier soll es der herrschenden Ansicht zufolge darauf ankommen, ob „der Schutz gegen Diebstahl nach den concreten Verhältnissen, . . . durch die nach Lage der Sache gebotene Vorsicht . . . geleistet werden kann" (Eger, S. 252, und die das. Angef.); nach Anderen soll noch besonders unterschieden werden, ob der Diebstahl gewaltsamer Weise (Einbruch) oder durch Schlauheit verübt ist, und nur letzterenfalls sei schlechthin zu haften (Kräwel, in Busch's Arch., III, S. 425 f.), wogegen aber wieder geltend gemacht ist (Eger l. c.), dass grosse Schlauheit auch unüberwindlich sei, und in solchen Fällen die

Hinwiederum ist klar, dass die im Obigen geforderte und bestimmte Grösse des Ereignisses allerdings vor Allem in jenen überwältigenden Naturereignissen uns entgegentritt, die von Alters her, eben wegen ihrer alle Normalerwartungen des Lebens durchbrechenden Wucht, als unmittelbare Eingriffe göttlicher Uebermacht erschienen und so der Anstoss zur Aufstellung und Benennung unseres Begriffes wurden. Es kann keine ernstliche Schwierigkeit bieten, die in diesem Sinne „elementaren" von den gewöhnlichen, durch das alltägliche Walten der Naturkräfte herbeigeführten, widrigen Zufällen zu unterscheiden: ein plötzlicher Bergsturz oder ein Erdbeben, im Vergleich zu allmäligen Senkungen und Abrutschungen des Bodens in Folge von Verwitterung oder Unterwaschung; Wirbelwinde und Wasserhosen zur See, unerhörte Ueberschwemmungen zu Lande, wie sie nur durch das Zusammenwirken ganz ausserordentlicher elementarer Ursachen von Zeit zu Zeit einmal vorkommen, im Vergleich zu den fast alljährlich wiederkehrenden Austritten der Gewässer, das sind unverkennbare Fälle höherer Gewalt. Stürme und Gewitter sind zwar ganz gemeine Naturerscheinungen, aber wenn aus dem Gewitter ein Blitzstrahl auf uns niederfährt, wenn der Sturm zur See das Schiff in den Grund bohrt, oder zu Lande den Dampfzug vom Bahndamm herabwirft, so sind dies eben ausserordentliche Machtwirkungen eines für gewöhnlich relativ unschuldig verlaufenden Naturprocesses; sie sind höhere Gewalt, gleichwie es der Ausbruch eines Vulkanes ist, während die von ihm alltäglich ausgehenden Schadenwirkungen, z. B. durch den gewöhnlichen Rauch, es nicht sind. Diebstahl und andere gelegentliche Eigenthumsbeschädigungen, haben wir gesagt, sind nicht höhere Gewalt, weil dergleichen zum gemeinen Lauf der Welt gehört. Anders wenn sich organi-

„geistige Ueberlegenheit" des Diebes die „höhere Gewalt" enthalte. Wie weit das von unserem Begriff der höheren Gewalt sich entfernt, ist klar; wie sehr es aber auch dem Geiste der römischen Haftungsnorm *ex recepto* zuwiderläuft, erhellt schon daraus, dass die Römer dem Schiffer selbst die Diebstahlsklage gaben, weil er der unbedingt Haftende, mithin der eigentlich Bestohlene ist. *His (sc. magistris navium) damus furti actionem, quoniam periculum rerum ad eos pertinet (L. 14, §. 17 D. de furt. 47, 2)*; davon, dass dies von dem Grade der Schlauheit des Diebes irgendwie abhängig gewesen wäre, ist nichts bekannt.

sirte Banden von Räubern, zu Lande oder zur See, gebildet haben, die vermöge ihrer Zahl und Macht weithin Schrecken verbreiten und den Verkehr lähmen; führen solche einen Streich aus, so ist er ganz im obigen Sinne „elementar", ein Unfall von ausserordentlichem Grössenmass, denn unsere Lebens- und Verkehrsverhältnisse sind glücklicherweise im Allgemeinen der Art, dass man zwar mit der Existenz eigenthumsgefährlicher Individuen und Consortien zu rechnen hat, das überwältigende Auftreten organisirter Massen dieser Art aber als etwas *quod extra consuetudinem accidit* betrachten darf. Diesen Massstab in der Hand, kann der Richter die Sophistenfrage, wie viele Räuber denn zu einer richtigen *vis major* gehören? ruhig an sich abgleiten lassen; wer im Stande ist, im täglichen Leben einen „Orkan" von einem Wind und einen „Herkules" von einem Manne gewöhnlicher Stärke zu unterscheiden, wird durch die vorliegende Aufgabe nicht in Verlegenheit gesetzt werden. Er kann nicht zweifeln, dass die Mäuse, welche in das Eisenbahnlagerhaus (vielleicht ganz unabwendbar) sich eingeschlichen und das verfrachtete Korn angefressen haben, keineswegs höhere Gewalt sind; und doch hat man Beispiele, dass dergleichen Thiere ganze Länderstrecken in solchen ungeheuren Massen plötzlich überzogen und unwiderstehlich kahlgefressen haben, dass ihr Auftreten als eine öffentliche Kalamität ersten Ranges von den Chronisten der Zeit überliefert wird; solchenfalls lag gewiss *vis major* vor; es kann eben auch der „Mäusefrass" (von Ameisen und Heuschrecken wird Aehnliches berichtet) mit „elementarer" Gewalt auftreten, und alsdann ist kein Grund, seine Wirkungen juristisch anders zu behandeln, als die Verwüstungen eines feindlichen Heeres. — Dass letztere höhere Gewalt sind, ist nie bezweifelt worden und fügt sich auch unserem Begriff selbstredend ein; dass revolutionäre innere Bewegungen, bei einiger Intensität und Ausbreitung, ebenso aufzufassen sind, versteht sich; desgleichen dass im Kriegsfalle zerstörende Eingriffe der eigenen Militärmacht, wie z. B. plötzliche Sprengung einer Eisenbahnbrücke, Versenkung des Frachtschiffes als Hafensperre u. dgl., hinsichtlich der dadurch bewirkten Schäden als *vis major* erscheinen; auch in Friedenszeiten kann wohl durch ein ähnliches ausserordentliches Eingreifen der öffentlichen Macht

(was die Franzosen „*le fait du Prince*“ nennen), „höhere Gewalt“ verursacht werden, so z. B. bei plötzlich ausgebrochener Pestgefahr durch Anhaltung des Bahnzuges und Vernichtung der Güter, oder bei einem Brande durch erzwungenes Niederreissen des noch nicht ergriffenen Gasthofes, um der Verbreitung des Feuers Einhalt zu thun. Auch letzteres sind Fälle, wo die Merkmale unseres Begriffes von *vis major* zutreffen, ohne dass „Feindesgewalt“ oder „Elementarschaden“ vorliegt.

Soviel zur Veranschaulichung des Sinnes, in welchem die dargelegten Begriffsmerkmale gemeint sind, und um zu zeigen, dass deren praktische Handhabung keineswegs zu den besonders schwierigen richterlichen Aufgaben zählen kann.

XIII.

Es ist oben gesagt worden, *vis major* schliesse die Abwendbarkeit des Unfalles nicht absolut aus; hiernach ist auch ein Verschulden des die Einrede der höheren Gewalt vorschützenden Beklagten nicht ausgeschlossen. Auf diese Möglichkeit des Nebeneinanderstehens von *vis major* und *culpa* ist hier noch in Kürze einzugehen, um unseren Begriff auch nach dieser Seite hin völlig in's Reine zu bringen.

Hat der Beklagte den Nachweis erbracht, es sei eines jener Ereignisse eingetreten, welche nach Obigem in die Kategorie der „höheren Gewalt“ fallen, und dasselbe habe den vorliegenden Schadensfall (Beschädigung, Verlust des Gutes, Körperverletzung oder Tödtung) wirklich verursacht, d. h. es habe das Ereigniss, im Sinne des gemeingiltigen, hier nicht zu erörternden Causalitätsbegriffes, unter den thatsächlichen Bedingungen des Schadensfalles jene hervorragende Rolle gespielt, an welche wir die Bezeichnung „Ursache“ zu knüpfen pflegen: so hat er sich damit, wie oben mehrfach hervorgehoben ist, *prima facie* entlastet. Theoretisch betrachtet ist die Wirkung die, dass nunmehr seine Haftung nach dem singulären Rechte des *Receptum* als im vorliegenden Falle ausgeschlossen sich darstellt, indem der concrete Unfall als ein solcher dargethan ist, auf welchen jene Haftung sich ausnahmsweise nicht erstreckt, als einer jener Zufälle, deren

Gefahr er, trotz seiner sonstigen gesetzlichen Versicherer-stellung, nicht zu tragen hat. Gegen diese seine besondere Zufallshaftung war die eingelegte *exceptio* der höheren Gewalt gerichtet, und sie übt ihre Wirkung, indem sie die fragliche Haftung beseitigt. Aber ganz unberührt davon bleibt seine regelrechte Haftung aus dem Contract nach dem *jus commune* der *locatio conductio.* Diesem zufolge ist er ersatzpflichtig, so oft er durch eigene Schuld ausser Stande erscheint, den Vertrag gehörig zu erfüllen, und das ist insbesondere auch dann der Fall, wenn die Wirkungen eines an sich betrachtet reinen Zufalles nur durch Vermittlung eigenen Verschuldens ihren *in concreto* verderblichen Einfluss gewinnen konnten. Alsdann ist diese Schuld sein Haftungsgrund, und die besondere Natur jenes Zufalles, auf den hier überhaupt nichts ankommt, rechtlich gleichgiltig. Mithin stellt sich in den uns hier interessirenden Fällen die Sache so dar: Zu Beginn des Rechtsstreites, bevor dessen Inhalt sich allseitig entwickelt, ist die Rechtslage des beklagten Frachtführers die, dass er schlechthin haftbar erscheint, sobald nur einerseits die Aufnahme und andererseits die nicht erfolgte gehörige Ablieferung des Gutes zugestanden oder erwiesen ist; ein Entschuldigungsbeweis wird im Allgemeinen gar nicht zugelassen, das ist das Besondere seiner Lage. Nun aber behauptet und beweist er „höhere Gewalt“ als die Schadensursache: hiedurch hat er seine Rechtslage dahin verändert, dass nun jenes Besondere darin ausscheidet, d. h. dass er nunmehr, wie jeder andere mit der Erfüllung rückständige Contrahent, zu dem Beweis unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit zugelassen werden muss. Freilich wird er in aller Regel (zumal wenn wir uns auf dem Boden der freien Beweiswürdigung bewegen) diesen Beweis gar nicht mehr nöthig haben, weil der schon bewiesene Fall von *vis major* — man erinnere sich, was wir darunter verstehen und wie solche Ereignisse aufzutreten und zu wirken pflegen — ihn ohnehin über jeden Schuldverdacht hinaushebt, und darum sagten wir oben, dass dieser Beweis den Beklagten *prima facie* entlaste. Allein immerhin führt die erwiesene „höhere Gewalt“ blos einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit zu seinen Gunsten, keineswegs die völlige Gewissheit mit sich; es bleibt möglich, dass gerade im vorliegenden Falle ausnahmsweise einmal die

schädigende Wirkung des *damnum fatale* hinsichtlich des betroffenen Gutes durch pflichtmässige Gebahrung hätte abgewendet werden können, dass also mitwirkende *negligentia* (oder gar *dolus*[51]) den fraglichen Schaden erst ermöglicht hat. Die thatsächlichen Anhaltspunkte dafür wird allerdings der Kläger aufsuchen und beibringen müssen, denn es liegt in der Natur der Sache, dass bei erwiesener *vis major* bis auf Weiteres die völlige Unabwendbarkeit, als das überwiegend Wahrscheinliche, vorweg anzunehmen ist[52]); in diesem Sinne hat es ja seine Richtigkeit, wenn *vis major* als „unabwendbarer Zufall" *casus, cui humana infirmitas resistere non potest,* bezeichnet wird. Hat aber der Kläger solche Anhaltspunkte aufgedeckt, so wird Beklagter sie zu entkräften gehalten sein, indem er nachweist, dass dieser und jener rege gemachte Umstand entweder nicht wahr oder nicht von wesentlichem Einfluss bei der vorliegenden Schadenwirkung, oder dass derselbe, obwohl wahr nnd mitbestimmend, nach den Grundsätzen rationeller Geschäftsgebahrung ihm nicht zum Verschulden anzurechnen sei. Misslingt ihm dieser Nachweis, so müssen wir ihn, trotz erwiesener höherer Gewalt, die ihn vor den Folgen der eigenen Schuld nicht bewahren kann, zum Ersatz verurtheilen.[53])

Man sieht, der allgemeine Satz, dass Jedermann die Folgen seines Verschuldens zu verantworten habe, lässt sich auch in unseren besonderen Fällen gegenüber dem Frachtführer sehr wohl durchführen, ohne dass es nöthig wird, den

---

[51]) Hierher gehört der bei Liv. 25, 3, 10 erzählte exorbitante Fall von jenen gewissenlosen Publikanen, welche die zu liefernden Vorräthe absichtlich in alte seeuntüchtige Schiffe verladen hatten, um an den Schiffbrüchen zu profitiren, *quia publicum periculum erat a vi tempestatis in iis, quae portarentur ad exercitus.*

[52]) Ueber den legitimen Einfluss der Wahrscheinlichkeit in der Beweisfrage vgl. Bar, Recht und Beweis im Civilprocesse, S. 23 ff.

[53]) „*The act of God is no defence except where the defendent shows that he himself has performed his duty.*" Smith l. c., p. 15. Vom Standpunkte der herrschenden Lehre ist das selbstverständlich, da ihr zufolge solchenfalls keine höhere Gewalt vorliegt: „*il est bien entendu, d'ailleurs, que le débiteur ne se trouve déchargé de toute responsabilité, à raison de force majeure ou du cas fortuit, qu'autant que l'évenément n'a pas été précédé, accompagné ou suivi de quelque faute, qui lui soit imputable.*" *Demolombe, Cours de C. N. 24, p. 555.*

unserer Ansicht nach rein objectiven Inhalt des Begriffes der „höheren Gewalt“ durch Beimengung eines subjectiven Elementes zu verdunkeln. Das thut die herrschende Lehre, indem sie das Vorhandensein von *vis major* überall da negirt, wo Schuld und Ersatzpflicht vorliegt, auch wenn die letztere gar nicht von der Beschaffenheit der primären Schadensursache abhängt, sondern von der secundären Mitwirkung der Negligenz erzeugt wird. Dann ist es freilich unmöglich, objectiv giltige Merkmale der höheren Gewalt aufzustellen, denn die Schuldfrage bleibt immer individuell, nur aus dem Gesammtinhalt des concreten Thatbestandes heraus entscheidbar. Wir hingegen wollen diese beiden Dinge auseinandergehalten wissen: ob der behauptete Unfall *vis major* sei, ist die eine Frage, die der Richter (wie gesagt) ohne näheres Eingehen auf die Einzelheiten des Sachverhalts schon aus den äusseren Umrissen desselben sich zu beantworten hat, und die er fast in jedem Process *de recepto*, meist negativ, beantworten zu müssen in die Lage kommt; ob mit der erwiesenen höheren Gewalt *culpa* des Beklagten concurrirt habe, ist die zweite Frage, welche nur nach Bejahung der ersten, also selten, aufgeworfen und dann allerdings nur im Wege des genauesten Eingehens auf den concreten Sachverhalt entschieden werden kann. Bei der Untersuchung der ersten Frage bleibt die zweite ganz aus dem Spiel. Ein und dasselbe Ereigniss (z. B. eine Ueberschwemmung) kann nicht zugleich *vis major* und deren Gegentheil sein, je nachdem es dort eine Grossunternehmung traf, die auf dergleichen Fälle gerüstet sein sollte, oder hier einen Kleinfuhrmann, dem man diesen Aufwand nicht zumuthen kann; der Blitzschlag bleibt immer höhere Gewalt und verliert diesen Charakter nicht dadurch, dass man erwarten durfte, dieses Gebäude werde seines feuergefährlichen Inhalts wegen mit einem Blitzableiter versehen werden. Diesfalls kann nur so gefragt werden, ob nicht der Inhaber des Gebäudes wegen Ausseracht-lassung des Ableiters für den durch höhere Gewalt zwar verursachten, aber durch seine Nachlässigkeit mitbedingten Schaden gleichwohl aufzukommen habe. Das wird ja praktisch für ihn auf Eins herauskommen, aber für die Reinheit unseres Begriffes ist es keineswegs gleichgiltig: so falsch es nach

dem Gesammtinhalt unserer Erörterungen ist, zu sagen, *vis major* sei jeder *in concreto* ganz unabwendbare, woher immer entsprungene und wie immer auftretende Zufall; eben so falsch ist es auch, das in seinen Schadenwirkungen bei gehöriger Sorgfalt Abwendbare schon um desswillen aus dem Bereich der höheren Gewalt hinauszuweisen.

XIV.

Aus dem zuletzt Ausgeführten ist ersichtlich, dass wir in der praktischen Behandlung des Rechtsstreites — soweit es sich um die in unserem Sinne echten Fälle höherer Gewalt handelt — mit den Ergebnissen der bekämpften herrschenden Meinung im Wesentlichen zusammentreffen. Es bleibt nur der Unterschied, dass wir, wo die Schuldfrage in Betracht kommt, dabei nicht irgend welchen ausserordentlichen Diligenzmassstab, sondern den gewöhnlichen eines ordentlichen, in seinem Fache tüchtigen Geschäftsmannes anlegen; ein Unterschied, der nach allem Obigen darum nicht wesentlich ist, weil die herrschende Theorie ein anderes Culpamass zwar gedankenmässig aufzustellen, nicht aber in der Praxis zur lebendigen Geltung zu bringen vermocht hat.

Angesichts dieses schliesslichen Zusammentreffens mag wohl der eine und andere Leser sich versucht finden, uns mit der Frage „wozu der Lärm?“ entgegenzutreten; etwa auch die Spitze unserer eigenen Argumente umzukehren und zu sagen: Die Culpafragen sollten ja ausgeschlossen werden, wegen der Beweisschwierigkeiten und der Klippen des richterlichen Arbitriums, und eben darin sollte der Zweck und die Weisheit der in Rede stehenden Rechtssätze liegen; nun aber kehrt schliesslich doch dieses Alles wieder zurück: der Richter muss doch in die Einzelheiten des concreten Unfalles auf das Genaueste eingehen, der Beklagte mit seinen Entlastungsvorbringungen gehört werden, der Kläger bleibt trotz seines „Beweisnothstandes“ auf den Versuch des Gegenbeweises hingewiesen, — und der ganze Process hängt zuletzt an der Schuldfrage!

Aber dies Alles kann doch nur für einen Augenblick täuschen. Sofort wird man sich erinnern, dass es nur wahr ist für jene eng und scharf begrenzte Gruppe von Streitfällen, in welchen es dem Beklagten zuvor gelungen ist, als die wahre Ursache der Beschädigung oder Verletzung einen echten Fall höherer Gewalt nachzuweisen, unwahr hingegen für jene in Wirklichkeit sehr grosse Ueberzahl von Ersatzprocessen, in welchen ein solcher Beweis — wenn man von unserem Begriff der *vis major* ausgeht — gar nicht versucht werden kann. Hier also bleibt es durchaus bei der Ausschliessung der Schuldfrage und aller auf ihre Klärung bezüglichen Operationen der Parteien und des Richters. Aber selbst in jenen Ausnahmsfällen, wo höhere Gewalt wirklich vorliegt, wird es wieder nur ausnahmsweise zu solchen Operationen kommen, da solche Fälle zur Aufwerfung der Schuldfrage ihrer Natur nach sehr oft keine Anhaltspunkte darbieten. Auch hier also bildet wiederum die Entscheidung der ganzen Sache ohne Eingehen auf Schuldfragen die Regel. Was dazwischen liegt — die echten Fälle höherer Gewalt, bei welchen zugleich greifbare Schuldmomente auffindbar sind, — darf, wenn man den grossen Durchschnitt aller *ex recepto* angestellten Ersatzforderungen ziehen will, immerhin als eine praktische Rarität bezeichnet werden. Bei diesen Fällen nun tritt allerdings das ganze Sonderrecht *de recepto* ausser Wirksamkeit und kommen, wie gesagt, die gewöhnlichen Haftungsgrundsätze unseres Obligationenrechtes zur regelrechten Anwendung. Dass damit zugleich auch die oben von uns geschilderten Uebelstände hinsichtlich der Beweislage u. s. w. wieder auftreten, versteht sich von selbst; wo die Ausnahme wegfällt, tritt eben die Regel mit ihren Gebrechen wieder ein. Wollte man diese Gebrechen durchaus bis auf den letzten Rest bekämpfen, so gäbe es dazu für den Gesetzgeber nur zwei Mittel: Entweder man macht den Recipienten absolut haftbar, also auch für *vis major*, wie es das römische Edict ursprünglich gethan hatte; aber das erschien auch uns unbillig, angesichts der mit solchen Fällen verbundenen Klarheit des Sachverhalts bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Unschuld; — oder man lässt ihn bei erwiesener *vis major* schlechthin ersatzfrei ausgehen, ohne Rücksicht auf die Möglich-

keit einer concurrirenden Schuld; aber dieses letztere wäre nicht nur unbillig, sondern zugleich irrationell. Denn eben weil wir den Grund des Sonderrechtes *de recepto* in einer regelmässig vorhandenen Ungunst der Processlage für den Kläger gefunden haben, kann dasselbe nicht gegen den Kläger gekehrt werden, ohne mit seiner *ratio* in Widerspruch zu treten; das würde geschehen, wollte man das blos im Interesse des Klägers regelmässig ausgeschlossene Beweisverfahren auch da abschneiden, wo dessen Ergebniss ihm nur nützen kann. Muss es also hiernach bei der oben dargelegten Behandlung der in Rede stehenden seltenen Fälle bleiben, so bleibt freilich auf diesem Punkte auch der oben ausführlich geschilderte Vorzug des Beklagten hinsichtlich der Beweisfrage, wonach allerdings die Aussichten auf das Gelingen der Exculpation für ihn sehr viel grösser sind, als für den Kläger die Aussicht auf wirksame Widerlegung. Indessen darf doch nicht unbeachtet bleiben, dass diese ausnahmsweise eintretende richterliche Würdigung des concreten Sachverhalts in den Fällen, auf welche wir sie beschränken, nicht dazu in Bewegung gesetzt wird, um dem — nach dem grossen Durchschnitt der Lebenserfahrung wahrscheinlich schuldigen — Beklagten herauszuhelfen (wie man das wohl sagen muss, wenn ein solcher Beweis zugelassen wird ohne bewiesene *vis major*), sondern dass sie vom Kläger provocirt ist, um den Beklagten eventuell dennoch haftbar zu machen, wo er vermöge des erbrachten Nachweises höherer Gewalt als *prima facie* schuldfrei und seiner Haftpflicht *ex recepto* ledig dasteht. Mag immerhin in dergleichen ganz besonders gestalteten Fällen, wo wirklich, aber nicht erweislich, ein Verschulden des Beklagten mit echter *vis major* zusammentrifft, der Anspruch des Klägers an der Undurchführbarkeit des Schuldbeweises (beziehungsweise Gegenbeweises) einmal Schiffbruch leiden: so hat eben die „*vis divina*“ auch ihn getroffen. Wir können ihm nicht helfen, ohne den billigen Rechtssatz umzustossen, dass höhere Gewalt regelmässig von aller Haftung befreit.

Man wird sonach die praktische Bedeutung der hier vorgetragenen Lehre nicht in der rechtlichen Behandlung derjenigen Fälle zu suchen haben, welche in unserem Sinne „höhere Gewalt“ sind, sondern bei denjenigen, die es nicht sind. Dass

unsere Sonderung beider Kategorien nicht nur nach einem von dem der herrschenden Lehre gründlich verschiedenen theoretischen Gesichtspunkt, sondern mit einem ebenso weit abweichenden praktischen Ergebniss sich vollzieht, ist bereits klar genug. Ich erinnere nur nochmals daran, dass die ungeheure Mehrheit aller im Transportverkehr sich ereignenden Beschädigungen auf innerer Reibung des technischen Organismus (im obigen weiten Sinne) beruhen, daher von uns ausgeschieden werden, oder auf solchen Eingriffen und Einflüssen von Aussen, die wir, auch wo sie unverschuldet sind, als nicht „höhere“ Gewalt den gemeinen Zufällen einreihen. Das bedeutet allein schon eine gewaltige praktische Differenz, die sich unmittelbar in der Statistik der deutschen Frachtprocesse fühlbar machen müsste, natürlich im Sinne sehr viel öfterer Verurtheilung des Frachtführers unter Zurückweisung der auf vermeintliche *vis major* sich berufenden Einrede. Aber nicht blos darin liegt der praktisch erhebliche Unterschied zwischen beiden Lehrmeinungen, dass die unserige bei der fraglichen Scheidung der wirklich vorkommenden Zufälle eine beträchtlich geringere Zahl auf die Seite der „höheren Gewalt“ stellt, sondern ebensosehr auch darin, wie und wonach sie jene Scheidung vollzogen wissen will; dass sie nämlich als das Scheidemass einen objectiv giltigen Begriff aufstellt, den der Richter nicht aus der Untersuchung des ihm vorliegenden Sachverhalts erst zu gewinnen, sondern an diesen fertig heranzubringen und anzulegen hat. Die wesentliche Verschiedenheit der hiernach dem Richter angesonnenen juristischen Operation bedingt einen anderen nicht zu unterschätzenden Unterschied in Bezug auf den Inhalt und Ausfall der betreffenden Kategorie von Ersatzstreitigkeiten. Erweist sich der hier entwickelte Begriff der „höheren Gewalt“ als richtig und brauchbar, so schafft er dem Richter, welcher sich in dessen Sinn einmal hineingedacht hat, für die Ueberzahl der Fälle eine wesentliche Erleichterung und Abkürzung seiner Arbeit, zugleich mit dem befriedigenden Gefühl, die Entscheidung auf eine feste Begriffsnorm, anstatt auf individualisirende Billigkeit, stellen zu können. Dem Kläger verbürgt unser Begriff den prompten Ersatz seines Schadens, sobald nur klar ist, dass nicht eines jener Ausnahmsereignisse vorlag, die schon der

gemeine Mann als Schicksalsschläge empfindet. Dem Beklagten aber, und mit ihm dem ganzen an jenen öffentlichen Verkehrsanstalten betheiligten Publikum, kommt die Sicherheit und Stetigkeit zu Gute, welche unsere Lehre in diesen höchst speciellen aber doch höchst wichtigen Theil der Gerichtspraxis bringen müsste. Weiss erst der Frachtführer, dass keine Entschuldigung gilt, es sei denn eine grosse Kalamität der oben geschilderten Art, dass aber sonst keine Berufung auf „unglückliches Zusammentreffen der Umstände", auf „ganz unvorhersehbare Zwischenfälle" u. s. w. ihm irgend helfen kann, so wird er sich, dem Richter und dem Beschädigten manchen Process ersparen. Und das grosse Publikum wird sich dem vielgliedrigen Organismus unserer öffentlichen Verkehrsanstalten williger und beruhigter anvertrauen, wenn es die Gewissheit hat, dass im unglücklichen Falle einer Beschädigung in aller Regel der Ersatz ohne Weiterungen und schwierige Untersuchungen schlechtweg und in kürzester Zeit zugesprochen wird. Die seltene Ausnahme aber, welche bei wirklicher *vis major* eintreten muss, wird alsdann dennoch — weil dieser Begriff trotz seiner fremdartigen Einkleidung im Grunde ein durchaus populärer ist — Jedermann einleuchten.

Zum Schlusse fasse ich das Ergebniss der vorstehenden Untersuchung dahin zusammen:

„Höhere Gewalt" im Sinne der hier in Betracht genommenen Rechtsnormen ist ein Ereigniss, welches: 1. ausserhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrs-Unternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat, und welches 2. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie. Wien, Stadt, Augustinerstrasse 12.

